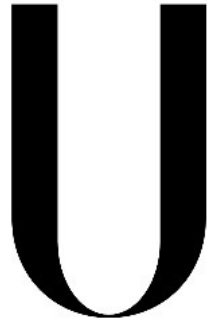


UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**DO DOMÍNIO E DA POSSE NAS VÉSPERAS DA CODIFICAÇÃO CIVIL
PORTUGUESA: DAS *INSTITUIÇÕES* DE MELLO FREIRE À *PROPRIEDADE*
DE SEABRA.**

RENATO GARCIA DE SOUZA

DISSERTAÇÃO

MESTRADO EM CIÊNCIAS HISTÓRICO-JURÍDICAS

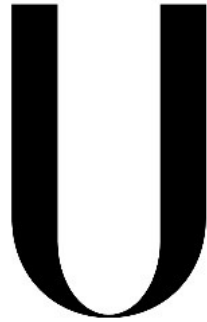
HISTÓRIA DO DIREITO

LISBOA

2021

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**DO DOMÍNIO E DA POSSE NAS VÉSPERAS DA CODIFICAÇÃO CIVIL
PORTUGUESA: DAS *INSTITUIÇÕES* DE MELLO FREIRE À *PROPRIEDADE*
DE SEABRA.**

RENATO GARCIA DE SOUZA

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA PROFESSORA DOUTORA MARGARIDA
SEIXAS

MESTRADO EM CIÊNCIAS HISTÓRICO-JURÍDICAS

HISTÓRIA DO DIREITO

LISBOA

2021

RESUMO

A presente pesquisa desenvolve uma análise prioritariamente doutrinária e legislativa a respeito das construções jurídicas sobre os institutos do domínio e da posse no período que antecede a codificação civil portuguesa. O objetivo do trabalho é verificar as produções jurídicas do período pré-codificação e, a partir de uma investigação histórica, expor suas várias configurações e inspirações a fim de compor um estudo sobre as relações sobre os Homens e as coisas e observar se são trabalhadas sob uma ótica privada e individualista. A pesquisa foi realizada por meio de consulta bibliográfica, consultando-se documentos históricos e também jurisprudência. A dissertação permitiu concluir que embora os autores construam uma ideia de propriedade no plano natural que é munida de proteção absoluta, a sua previsão como instituto de direito civil experimenta considerável dose de limitações, inclusive de ordem social, que a limitam frente ao interesse público e denotam significativa consciência social por parte dos doutrinadores. Ademais, deduz-se que a propriedade é arquitetada com primazia ao seu caráter privado, garantindo-se ao seu titular, em primeiro lugar, o direito de dispor da coisa com exclusividade. A posse acompanha, em grande parte, o domínio, verificando-se que neste período não há uma separação clara entre os dois institutos, considera-se como regra a posse do proprietário. A chamada teoria subjetivista da posse, trabalhada por Savigny, foi a detectada nos autores estudados, pela qual a posse necessita do elemento fático e do volitivo para se constituir. Portanto, apesar de os textos sobre o domínio e a posse privilegiarem a perspectiva privada, não são absolutamente desconectados do elemento social.

Palavras-chave: Domínio; Posse; História do Direito; Propriedade; Pré-codificação.

ABSTRACT

The present research develops a primarily doctrinal and legislative analysis regarding the juridical constructions about the legal concepts of ownership and possession during the period which precedes the portuguese civil codification. The paper's goal is to verify the legal work produced in the pre-codification period and, through the scope of a historic investigation, present its many configurations and inspirations to compose a study about the relation between Men and things to observe if they are built under a private and individualistic perspective. The research was conducted using bibliographic materials and consulting historical documents and also case-law. The dissertation led to the conclusion that though the jurists construct the idea of property in a natural level which provides property with na absolute protection, its depiction as civil law concept suffers considerable dose of limitations, including from social order, which restricts it in face of public interest and demonstrate a significant social conscience by the scholars. Furthermore, it is deducted that property is idealized predominantly with regards to its private disposition, granting to its holder in the first place the right to make use of the object with exclusivity. The possession follows, for the most part, the property, considering that in this period there is no clear separation between the two concepts, assuming as a ruel the possession of the owner. The designed possession's subjectivist theory handled by Savigny was detected among the jurists addressed, in which possession needs the factual and the *animus* elements for its constitution. Therefore, though the texts about ownership and possession privileged the private scope, they are not absolutely disconnected from the social element.

Keywords: Ownership; Possession; History of Law; Property; Pre-codification.

SUMÁRIO

01	INTRODUÇÃO	006
02	A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO E PENSAMENTO JURÍDICO NACIONAIS	013
2.1	Verney e o iluminismo	017
2.2	Legislação pombalina	020
2.2.1	Lei da Boa Razão	023
2.2.2	Compêndio Histórico	029
2.2.3	Estatuto das universidades	035
2.3	<i>Usus modernus pandectarum</i>	041
2.4	Jusracionalismo e outras influências	045
03	O PERÍODO LIBERAL-INDIVIDUALISTA	052
3.1	3.1. A Revolução do Porto	052
3.2	3.2. O movimento de codificação e o pensamento jurídico	055
04	CONSTITUCIONALISMO MONÁRQUICO	063
4.1	Os textos constitucionais	063
4.2	Tratamento constitucional do direito de propriedade	067
05	A CONSTRUÇÃO CONCEPTUAL DA PROPRIEDADE CIVIL	070
5.1	A propriedade como direito natural	080
5.2	Conceituação	107
5.2.1	Síntese conclusiva	110
5.3	Dimensão subjetiva	110
5.3.1	Síntese conclusiva	115
5.4	Propriedade comum e privada	117
5.5	Propriedade plena e não plena	119
5.6	Limites ao exercício	121
5.6.1	Síntese conclusiva	131
06	DA POSSE	134
6.1	Conceituação e diferenciação da propriedade	137
6.2	Espécies	143
6.3	Início, conservação e perda da posse	153
6.4	Direitos do possuidor	156

6.5	Síntese conclusiva	160
07	CONCLUSÃO	161
	BIBLIOGRAFIA	168

1. INTRODUÇÃO

A compreensão do direito como fenômeno histórico passa sempre pelo estudo das suas fontes. Recuando ao direito medieval, este é bastante característico pela pluralidade, o costume, a lei, o direito romano, a equidade, a opinião comum dos doutores e outras possíveis fontes se encontravam igualmente disponíveis para o julgador, que poderia utilizá-las sem que fosse necessário respeitar uma hierarquia.

O julgador, portanto, poderia justificar suas decisões utilizando-se de uma ou várias das fontes à disposição. Este é o chamado pluralismo jurídico que é inerente ao *ius commune*¹, formando um aglomerado de materiais dispersos, descentralizados, incertos e usualmente contraditórios, que se sustentam pela *auctoritas* e repetição dos textos já estudados e estimados².

Haja isto em vista, não há por parte do soberano um controle ou responsabilidade pela produção do Direito, a Lei não é a única ou principal fonte jurídica, devendo concorrer e conviver com as demais. Por parte do Estado ou soberano, muitas vezes, bastava indicar ou fornecer o julgador para ver sua função cumprida.

O *ius commune* em seu sentido amplo irá vigorar na Europa até o surgimento dos primeiros códigos modernos, a se iniciar com o código civil francês de 1804. Com isto pode-se falar da dicotomia entre o *ius commune* e o direito codificado e a gradativa sobreposição deste sobre aquele³.

O Oitocentos, particularmente em Portugal, tem sobre si o forte peso do passado, que o impulsiona não de maneira uniforme ou em apenas um sentido. Encontrar um caminho válido, razoável, estável e progressista ao meio de tudo isto se apresentava como verdadeiro desafio, a pluralidade de soluções, a multiplicidade de fontes e os profusos caminhos se mostram todos ao mesmo tempo como opções⁴.

¹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 26. O *ius commune*, ou direito comum, é uma expressão que pode ter acepções diferentes de acordo com o contexto e o tempo que se tem em consideração, entretanto, para fins deste trabalho, considerar-se-á o *ius commune* em sentido amplo, significando o direito romano-canônico da forma como foi aplicado e criado pela doutrina até o período que se trata aqui, com o surgimento dos códigos modernos, tal como é a definição usada por Mário Reis Marques.

² MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 13.

³ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 27.

⁴ VIDEIRA, Susana Antas. **Liberalismo e questão social em Portugal no sec. XIX**: contributo para a história dos direitos sociais. Lisboa: AAFDL, p. 297-298.

Diferentemente das pré-codificações de outros países, onde era preciso superar a falta de unidade do direito dentro dos seus territórios, o direito civil português tinha como principal obstáculo a imensa quantidade de legislação e coordenação de soluções jurídicas, as quais muitas vezes tinham sua origem muito distante em relação à sociedade oitocentista em rápida mudança⁵.

A codificação é um marco divisório na história do direito, mas não é um episódio acidental, é, de fato, uma construção que levou tempo e percorreu uma série de estágios jurídico-sociais que culminaram nas codificações nacionais. Os movimentos preliminares em Portugal começaram ainda no século XVIII com o chamado *Novo Código*, que chegou a ter uma junta destacada especificamente para providenciar a sua completa redação.

A iniciativa para a redação do *Novo Código*, todavia, não foi bem sucedida após encontrar sérias barreiras políticas e internas, culminando na dissolução da junta designada e os trabalhos até então realizados não encontraram reaproveitamento⁶.

Após isto, com os eventos políticos do início do século XIX, as invasões napoleônicas, a Revolução do Porto, as várias constituições que oscilavam em vigência e outras tentativas reformas legislativas — em especial dos forais — a codificação civil portuguesa, como a de outros países europeus, é considerada tardia.

Isto significa que o período em que existe o primeiro ímpeto para a codificação e a efetiva codificação é bastante longo e o preenchimento do vácuo jurídico que seria ocupado pelo código é suprido por outras fontes do direito, nomeadamente a doutrina, que busca atualizar o Direito e mantê-lo coerente com o cenário social da sua época, tendo em vista que as soluções legislativas utilizadas naquele momento eram dadas, em maior parte, pelas Ordenações Filipinas (1603) e pelo direito justinianeu.

O movimento reformador do final do século XVIII tem como um dos seus objetivos a modernização do direito nacional e do seu ensino universitário. Tendo como sua principal inspiração a obra de Verney, *O verdadeiro método de estudar*⁷, por meio de atenciosa observação é possível notar um liame lógico que inicia nesta obra e cruza a

⁵ Mais a este respeito em CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, pp. 179 ss.

⁶ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 205.

⁷ VERNEY, Luís António. **Verdadeiro método de estudar**: para ser útil à Republica, e à Igreja: proporcionado ao estilo, e necessidade de Portugal. Tomo I. Valência: Oficina de António Balle, 1746.

Lei da Boa Razão, o Compêndio Histórico e os Novos Estatutos da Universidade para atingir a inovação do Direito.

Verney é um dos principais responsáveis por desenvolver o iluminismo em Portugal, suas ideias foram transformadoras e inéditas em território nacional, introduzindo além do iluminismo jurídico, as ideias do direito natural e do *Usus Modernus pandectarum*. Para além disto, critica duramente o sistema educacional português e a forma como vinha sendo conduzida pelos jesuítas que, de acordo com o autor, alienavam os estudantes de disciplinas que elegeram como importantes, como a filosofia moral, latim e retórica, história nacional e do direito e o foco em matérias que não preparavam os universitários para a vida profissional.

Estes são os mesmos pontos principais que formaram o plano de fundo das reformas pombalinas⁸. Retirando o controle das Universidades das mãos dos jesuítas, o Estado assume o controle do ensino jurídico, remoldando todo o sistema, elegendo a escola jurisprudencial, o método de ensino e as respectivas matérias, os compêndios que seriam utilizados e cargas horárias dos cursos.

A reforma pombalina deu um passo à busca de um direito mais certo e seguro, tentando simplificar e unificar os conteúdos ensinados nos cursos jurídicos universitários. Conciliando isto com a Lei da Boa Razão, que define novas regras para a interpretação do direito e quais fontes são utilizáveis ou não nos tribunais, tem-se que o direito é cambiado para o controle estatal.

Uma insatisfação por parte dos juristas do início do século XIX era o labiríntico estado em que se encontrava o direito da época, haja vista que ainda se utilizavam regras de direito romano justiniano, as glosas, os comentários, as Ordenações Filipinas e um grande emaranhado de leis extravagantes sobre vários assuntos que muitas vezes revogavam leis anteriores, ainda que tacitamente.

⁸ Para aprofundamento a este respeito recomenda-se ARAÚJO, Ana Cristina (coord.). **O Marquês de Pombal e a universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000; FOUTO, Ana Caldeira et al. **Textos de história do Direito**. Lisboa: Editora AAFDL, 2018; FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques (coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009; FREITAS, Pedro Caridade de. **Um testemunho na transição para o século XIX**: Ricardo Raimundo Nogueira. Coimbra: Almedina, 2005; HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)** Lisboa: [s.n.], 1998; JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773; TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824; CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975; MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953; MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958.

O interesse pela codificação aumenta conforme outras nações codificam seu direito, que se torna um ponto de referência para a doutrina sustentar certas soluções jurídicas. A codificação constitucional a partir da década de vinte acelera este ritmo, tendo inclusive uma determinação no texto constitucional a respeito da necessidade da codificação civil.

Neste período que antecede a codificação, a pré-codificação, entretanto, a doutrina continuou a desenvolver e atualizar o direito, construindo uma autêntica ciência jurídica nacional. Constitui-se um estado do direito que servirá de base para a formação do código civil, contendo um grande arcabouço de construções jurídicas e soluções legais que muitas vezes são complementares, mas também podem ser antagônicas, e formam sistemas que podem conviver e outros que se repelem. Em Portugal, a doutrina desenvolveu-se amplamente e estudar-se-á, tendo em consideração especialmente os temas do domínio e da posse, como isso se realizou, as múltiplas influências e escolas adotadas ou refutadas pelos mais relevantes autores do período, compreendendo se há rupturas ou continuidades.

Por efeito do disposto nos *Novos Estatutos*, Pascoal José de Melo Freire produz seu compêndio *As Instituições de Direito Civil Português*⁹, obra que irá condensar boa parte do direito português para o ensino universitário e será o ponto de partida deste trabalho. A obra foi utilizada como compêndio oficial para formar as gerações de juristas que atuarão no oitocentos. Esta obra foi comentada por vários autores e utilizada por várias décadas até que outros professores introduzissem seus próprios compêndios.

A relação existente entre os homens e as coisas sempre foi de alguma forma relevante e merecedora de atenção social e do direito, no entanto não se pode esquecer da historicidade do próprio direito e da maneira que cada época percebe seu próprio contexto e, conseqüentemente, aborda aquela relação entre homem e objeto. Olhar ao passado da relação de pertencimento, tanto propriedade quanto posse, é compreender como ela pode ser observada a partir de uma perspectiva jushistoriográfica.

Em muitos aspectos, a concepção de propriedade atual é conectada com a que surge a partir do fim do antigo regime, quando as revoluções liberais elegem determinados direitos individuais que são sagrados e inalienáveis, nos quais está sempre incluído o de propriedade. Neste sentido, muitos autores relacionam a este ponto a

⁹ FREIRE, Pascoal José de Mello. *Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular*. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 161, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 89-200.

concepção de propriedade como crescentemente individualista e perpétua, que garante ao proprietário poderes absolutos e ilimitados na forma como utiliza dos bens sobre os quais tem titularidade.

Por ser um momento fértil para a produção jurídica e é possível observar a concatenação de grandes e respeitáveis obras jurídicas, que do ponto de vista teórico e científico são extremamente valiosas para a História do Direito.

No entanto, este período é frequentemente considerado extremamente caótico e indelneável pelos mesmos motivos apontados acima. A redação do código civil foi confiada ao Visconde de Seabra em 1850, que apresentou seus projetos a uma comissão encarregada de avalia-los e a versão final entrou em vigência em 1868. Com a codificação nota-se a uniformização das soluções jurídicas e do próprio direito no sentido de acompanhar o código civil; as obras produzidas são, em maior parte, comentários ao código.

O propósito do trabalho é estudar o estado do direito no período da pré-codificação e lançar alguma luz sobre esse direito para melhor compreender a forma como havia se desenvolvido até ser codificado.

Imerso no tema está o direito de propriedade, que assume protagonismo na luta pelos direitos individuais e passa a fazer parte do rol de direitos fundamentais protegidos em todas as constituições escritas. A classe burguesa que ascende com as revoluções burguesas elege a proteção dos seus direitos individuais como o objetivo do estado e reforça ao máximo a salvaguarda da propriedade e liberdade.

As revoluções burguesas atingem sucesso no campo civil e político e são acompanhadas por trabalhos intelectuais que as justificam e oferecem subsídio teórico-científico, como é a obra *A riqueza das nações*¹⁰, de Adam Smith, que será lido em Portugal e é diretamente citado nas obras de alguns autores pesquisados neste trabalho.

Apesar da confiança depositada no Legislativo e na Lei, subsiste certo receio do legislador ou, mais especificamente, das teorias que baseiam a propriedade como resultado da lei¹¹. De acordo com esta teoria, defendida nomeadamente por Montesquieu e Bentham, a propriedade surgiria juntamente com a lei, e não antes. Segundo este raciocínio, pois, conferiria-se ao legislador amplos poderes de limitação e

¹⁰ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Books I, II, III, IV and V. Metalibri, 2007.

¹¹ Mais a respeito destas teorias em AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 175 ss.

controle sobre o direito de propriedade, os quais não existiram no caso da justificação do direito de propriedade como direito natural, intemporal, universal, anterior e superior à legislação civil.

Neste sentido, outros direitos naturais poderiam limitar a propriedade, nomeadamente a segurança ou a liberdade, esta que, para muitos autores, é equiparada com a propriedade (quando não as confundem), enquanto outros a colocam como imediatamente acima ou abaixo numa teórica escala de importância dos direitos individuais.

No primeiro capítulo escreveu-se sobre a consolidação da cultura jurídica portuguesa a partir do fim do século XVIII. Começa-se pela obra de Verney e seu conteúdo, críticas e efeitos, bem como sobre uma breve explicação a respeito do iluminismo jurídico, ou os iluminismos jurídicos, e qual destes foi o mais influente em Portugal e suas principais características.

No segundo capítulo abordou-se as reformas pombalinas, utilizando-se especialmente das fontes primárias e comentários para expor e detalhar os diplomas, seus contextos, suas determinações e consequências e ao fim faz-se uma análise crítica acerca dos seus resultados e se a reforma em si atingiu seu objetivo. Ainda neste capítulo, expõe-se a respeito do Jusracionalismo e do *Usus Modernus Pandectarum*, ambos movimentos do pensamento jurídico que serviram como inspiração para os autores da época.

O terceiro capítulo versa sobre a Revolução do Porto em 1820 e o início do constitucionalismo monárquico com a Constituição de 1822 e a Carta Constitucional de 1826. Também ver-se-á como ficou previsto o direito de propriedade e sua proteção no texto constitucional. Ainda neste capítulo discute-se outra consequência de 1820, o influxo do pensamento jurídico liberal e o avanço do movimento de codificação.

O quarto capítulo inicia-se justificando a presença dos autores utilizados no trabalho expondo suas qualificações, contribuições e obras produzidas. Em seguida foi preciso discorrer acerca da propriedade considerada como direito natural, pois é a única forma de compreendê-la neste período, uma vez que os autores sempre partem dela como um direito natural, por isto absoluta, inalienável, primitiva e perpétua.

Na segunda parte do capítulo quatro discorrer-se-á acerca da forma como os autores tratavam o domínio nos seus compêndios, comentários e manuais da forma mais clara possível para ilustrar como a propriedade é desenvolvida nessas obras e também

na legislação. Estudar-se-á como o domínio é conceituado, quais são os poderes que garantem e as limitações que os autores aplicam.

Optou-se por estudar primariamente a propriedade em aspecto conceitual e axiológico, ou seja, verificar os seus aspectos primeiros e mais básicos, que, por sua vez, formarão a base sobre a qual os aspectos derivados irão se construir. Desta maneira escolheu-se não tratar detalhadamente das maneiras como se adquire a propriedade, ou mais propriedade, vale dizer, os contratos, o trabalho, as doações e *causa mortis* entre outros, ou a própria definição de coisa e espécies de coisas, salvo as hipóteses nas quais, oportunamente, eram essenciais para o desenvolvimento.

Por fim, o último capítulo ocupa-se de fazer a mesma exposição com a posse, ao mesmo tempo que relaciona o instituto da posse e o do domínio, explana sobre o vínculo que compartilham e as características que substancialmente os diferenciam.

O estudo da posse neste momento propõe certos debates jurídicos, em primeiro lugar alguns autores a conceituavam como um direito pessoal, enquanto outros a inseriam no rol dos direitos reais, o que, em última hipótese gera grandes disparidades nos efeitos jurídicos, em especial sua defesa processual. Noutro sentido, a posse não era estudada como um direito inteiramente autônomo ao domínio, era vista como um atributo do domínio ou como um primeiro passo para ele, é a chamada posse do proprietário, a qual será vista em detalhe. Por outro lado, a posse não demonstrava autonomia em face ao domínio, veja-se, não existia uma separação clara entre a posse e o domínio, aquela era sempre vista como um primeiro estágio para este. Por fim, a posse podia ser visualizada como um direito, como fato ou como um instituto híbrido, parte fato e parte direito, portanto ver-se-á como os autores tratam essa diferenciação.

A metodologia a ser empregada na construção deste trabalho será em grande parte a bibliográfica, consultando-se os melhores materiais monográficos e periódicos a respeito do tema, absorvendo a doutrina contemporânea e posterior ao período analisado a fim de tentar erigir um raciocínio sólido e altamente ilustrativo do pensamento jurídico da época na Europa e especialmente em Portugal.

Também serão utilizados documentos históricos e alguma jurisprudência do período analisado, pois acredita-se que tais fontes podem oferecer uma perspectiva fundamental da formação e aplicação do direito estudado, evidenciando as tendências filosóficas que permeavam a teoria do direito civil.

2. CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO E PENSAMENTO JURÍDICO NACIONAIS

A época das compilações dá lugar à das codificações, um plano que surgiu no século XVIII, mas que se realizou no seguinte, com o objetivo de perceber como foi este desenvolvimento, começar-se-á por analisar as últimas décadas do século setecentista e em que medida isto forma o período da pré-codificação.

Conforme a periodização produzida por certos autores¹² a legislação pombalina e os consequentes efeitos no ensino do Direito dão início a um novo período para o direito nacional, em especial com o método compendiário, que terá como seu maior representante as *Instituições* de Mello Freire, por isto se apresentam como o correto início para este trabalho.

Anteriormente à Reforma da Universidade de Coimbra, de 1772, era lecionado na Universidade apenas o direito romano e o canônico¹³, utilizando-se como principal material teórico o *Corpus Iuris Civilis*, a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo. O direito português constante de outras fontes, como as Ordenações do Reino, o costume etc. não eram formalmente objeto do ensino jurídico, portanto, ordinariamente, não eram transmitidos aos alunos, pois antes mesmo não eram objetos de estudo dos próprios professores¹⁴.

O estudo e o ensino da Jurisprudência Civil estavam formalmente reduzidos à instrução das leis romanas, não sendo objeto de estudo específico que não fosse o essencial ao assunto, ao oposto daquilo que era o objetivo geral da reforma de voltar a instrução dos licenciandos ao direito que os habilitava para os empregos da magistratura civil, ou seja, dar-lhes uma formação cada vez mais prática¹⁵.

Aquele método de ensino foi duramente criticado por Luís António Verney em sua obra mais emblemática, *O verdadeiro método de estudar*, na qual acusa o ensino jurídico de extremamente analítico, desnecessariamente erudito, baseado em textos inócuos, sem apreço pela reta razão iluminada e desprovido de contextualização

¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O ensino do direito das obrigações**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina. [Lisboa]: [S. n.], 201?, p. 26 e ss.

¹³ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 260 (179-457). “[...] antes da Reforma de Pombal dominava um jusnaturalismo escolástico que apareceria, aliás, depois, em múltiplas reincidências e que por isso, irá sendo caracterizado ao longo de todo o período [1772-1910]”.

¹⁴ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais**: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 6-7.

¹⁵ STOCKLER, Francisco de Borja Garção. **Elogio Historico de Pascoal José de Mello Freire dos Reis**. Typ. da Academia R. das Sciencias, 1799, p. 10.

histórica. Por outro lado, advoga o autor pelo método sintético de ensino; aprendizado do direito natural e das Gentes, Ética, o direito nacional em superação ao romano, o direito estrangeiro das nações cultas, entre outros¹⁶.

Isto porque entre o século XVI e o reinado de D. João V, o Governo se havia focado tão somente na Universidade de Coimbra e no Collegio das Artes, os demais graus de instrução e instituições de ensino eram de responsabilidade das corporações eclesiásticas — sobretudo a dos Jesuítas — e de particulares¹⁷.

Os Jesuítas são constantemente culpados pelo estado em que se encontravam as universidades, tanto por Verney quanto, mais tarde, por Coelho da Rocha, este que diz que o impacto negativo produzido na Universidade de Coimbra foi o maior deles¹⁸.

E é esta obra de Verney que desenha uma nova era¹⁹, nela que ele demonstra e coloca em foco os estudos jurídicos provenientes da Alemanha e Holanda, traçando uma reforma no estudo conforme os moldes daqueles países. Em especial, no direito, introduz a utilização do *usus modernus pandectarum* e do jusnaturalismo²⁰, ideias que foram acolhidas anos depois com as radicais reformas no período de Pombal²¹.

A reforma das doutrinas foi acompanhada da reforma dos métodos de exposição dos livros e na escola, difundiu-se neste momento o sistema sintético, consistindo na exposição ordenada e sucinta de todo o sistema do direito sob a forma de compêndios, como base e inspiração em Heineccius²².

¹⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. **Verney e o iluminismo italiano**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. VII, 1950. Lisboa: [S.n.], 1951, p. 10.

¹⁷ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 225-226.

¹⁸ MONCADA, Luís Cabral de. **Um iluminista português do século XVIII: Luis António Verney: com um apêndice de novas cartas e documentos inéditos**. Coimbra: Arménio Amado, 1941, p. 29; ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 226.

¹⁹ CRUZ, Guilherme Braga da. **Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**. Sep. de: Scientia Iuridica, n° 4. - Comunicação apresentada à VII secção do II Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, 1954. Braga: Scientia & ARS, p. 10.

²⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. **Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**. Sep. de: Scientia Iuridica, n° 4. - Comunicação apresentada à VII secção do II Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, 1954. Braga: Scientia & ARS, p. 10; MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 113.

²¹ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 113.

²² MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 113; WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 247-248. Este expõe mais sobre Heineccius e finaliza afirmando ser ele um discípulo de Thomasius, tendo como evidência sua obra de direito natural intitulada *Elementa juris naturae et gentium*.

Verney, em um primeiro momento, e depois os Estatutos reiteram a importância do ensino histórico²³ para a formação do jurista, que ao mesmo tempo que aprende os direitos romano, canônico e o português deve estudar as suas respectivas histórias, o que representa grande mudança no modo de ensino²⁴.

A vontade política soberana tentou fazer com que o direito tendencialmente deixasse de ser pensado e produzido por juristas, ou seja, *Juristenrecht*, a ilustração e o despotismo iluminado irão buscar desconstruir os remanescentes focos de autoridade legislativa que pertenciam aos juristas, restando-lhes um papel muito mais técnico. Igualmente, busca-se reduzir a função do juiz para apenas repetir aquilo que enuncia a Lei. Para Mário Reis Marques isso se deu a partir de três formas principais: a Lei da Boa Razão como forma de depurar as fontes do direito que representavam o *ius commune*; a reorganização do ensino jurídico em 1772, a qual substituiu o método característico do *mos italicus*²⁵ por um sistema racionalista e lógico-dedutivo; e a gradativa simplificação do processo e eliminação de brechas para a arbitrariedade do julgador²⁶.

Diferentemente de outras pré-codificações, como as ocorridas em França e, bastante mais tarde na Itália e na Alemanha, que tiveram de superar a falta de unidade dos seus direitos, o direito civil português da pré-codificação tinha de superar dificuldades graves no “tocante à multiplicidade e à concatenação das fontes e à actualização de certas soluções”, porque estas que muitas vezes tinham sua origem muito distante em relação à sociedade oitocentista em rápida evolução²⁷, afinal, as

²³ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques (coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 273. O desprezo pela história é o oitavo estrago e impedimento.

²⁴ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 123 ss e 256-258. (L. 2 tit. III cap. VI §§1 e ss e 26-27) onde se pode ver sobre o estudo da história do direito nas lições do curso; FREITAS, Pedro Caridade de. **Um testemunho na transição para o século XIX**: Ricardo Raimundo Nogueira. Coimbra: Almedina, 2005, p. 114. Cita a contribuição de correntes literárias como o Romantismo e o Germanismo para ressurgimento da ciência histórica.

²⁵ CARPINTERO, Francisco. “Mos Italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. in: **Ius Commune: Journal of European Legal History**. Vol. VI (1977). Frankfurt: Klostermann, 1977, p. 108-171; CARPINTERO, Francisco. En torno al método de los juristas medievales. **Anuario de Historia del Derecho Español**. Madrid: Librería del Boletín Oficial del Estado, pp. 617-647. Esta é uma leitura útil para aprofundar os conceitos do *mos italicus* e *mos gallicus* e seus desenvolvimentos até a codificação.

²⁶ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 444.

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 279-280 (179-457).

Ordenações Filipinas vigentes desde 1603, já quando começaram a vigorar eram “velhas e anacrônicas”²⁸.

A falta de um código nacional não impediu que os doutrinadores portugueses se utilizassem dos códigos de outras nacionalidades para analogicamente sustentar suas posições²⁹. Contudo, tal fonte de direito apenas acrescenta ao vasto repertório de leis e outras normas já existentes.

As reformas legislativas tantas e variadas eram sempre publicadas como legislação esparsa e, sob o absolutismo, significava que quaisquer diplomas legais podiam ser revogados ou retificados através de quaisquer outros atos normativos, como Cartas Régias, Resoluções, Consultas, Provisões e Avisos. O absurdo volume de leis não somente gerava confusão e incerteza sobre a aplicação, como tornava impossível que os juristas tomassem conhecimento de tudo e mantivessem coleção completa e atualizada do amontoado de legislação³⁰.

A situação se agravou após a morte de D. José, quando parte das suas leis foi revogada ou suspensa, o que culminou na iniciativa do *novo código* pela rainha D. Maria por meio do decreto de 31 de março de 1778³¹, o qual não foi finalizado, além de não gerar aproveitamento de seus trabalhos à época³².

Portanto, será a partir deste cenário que serão estudadas as reformas pombalinas, que darão o molde para entabular o direito português no século XIX.

²⁸ CRUZ, Guilherme Braga da. **Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**. Sep. de: Scientia Iuridica, nº 4. - Comunicação apresentada à VII secção do II Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, 1954. Braga: Scientia & ARS, p. 9; ALBUQUERQUE, Pedro. **Direitos reais**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65. JUSTO, António dos Santos. **O código de Napoleão e o direito ibero-americano**. Separata de: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 71 (1995). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, p. 36. (p.27-96).

²⁹ Como se pode ver especialmente nas obras de Coelho da Rocha, a exemplo de ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 346-347.

³⁰ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 205.

³¹ Disponível em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/68/137/p186>. Acesso em 09 jul 2021. Onde se lê “[...] E considerando igualmente, que esta [a felicidade dos Povos] se não poderá conseguir sem huma clara, certa e indubitabel intelligencia das Leis, a qual hoje se tem feito mais difficil, tanto pela multiplicidade de humas, como pela antiguidade de outras, que a mudança dos tempos tem feito impraticaveis [...]”

³² ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 205.

2.1. Verney e o iluminismo jurídico

Verney foi filósofo português que viveu e publicou a maior parte de suas obras enquanto vivia na Itália³³. Com seus escritos impactou sua época, e especialmente o Marquês de Pombal, que o leu e reduziu suas ideias em texto legal³⁴. Trata-se de um autor sensualista, adepto do direito natural e antagônico ao método escolástico, em especial na Filosofia³⁵.

Com uma visão filosófica tentava sempre um estado mais elevado, combatendo, assim, o que identificava como o maior obstáculo para a elevação dos demais, a ausência das luzes, que ele tanto buscava, e a ignorância cultural e lógica. Tanto quanto Verney era tão antagônico em relação à religião, era adepto da “religião do Iluminismo”³⁶.

Verney defende que as virtudes humanas que levam à felicidade devem ser pensadas através da *boa razão*, afastando do domínio do moralismo teológico e aproximando-as do estudo da Ética. Neste raciocínio importa o tratamento da Ética prática, pois estuda as ações humanas praticadas conforme a reta razão e honestidade e as de utilidade na vida civil³⁷.

O iluminismo que floresceu em Portugal e trazido especialmente por Verney foi o italiano, como também em Espanha. O iluminismo italiano, em específico, carrega consigo a doutrina do direito divino dos reis, e este, como déspota iluminado, representa o Estado para controlar as instituições, afastando-as do poder da Igreja e direcioná-las para os seus fins políticos, que, em regra, são o progresso material e promoção das luzes do conhecimento³⁸.

É importante clarificar este tópico, tendo em vista que se pode afirmar que o iluminismo não é um movimento uniforme, mas uma maneira de pensar e resolver

³³ MONCADA, Luís Cabral de. **Um iluminista português do século XVIII: Luis António Verney**: com um apêndice de novas cartas e documentos inéditos. Coimbra: Arménio Amado, 1941. Este é um ótimo apanhado de informações sobre a vida e pensamento de Verney, posto que se recomenda sua leitura.

³⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. **Verney e o iluminismo italiano**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol VII, 1950. Lisboa: [S.n.], 1951, p. 9.

³⁵ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do Direito em Portugal: 1772-1911**. 2.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1938, p. 25-26.

³⁶ MONCADA, Luís Cabral de. **Um iluminista português do século XVIII: Luis António Verney**: com um apêndice de novas cartas e documentos inéditos. Coimbra: Arménio Amado, 1941, p. 26-27.

³⁷ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do Direito em Portugal: 1772-1911**. 2.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1938, p. 25-26.

³⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. **Verney e o iluminismo italiano**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol VII, 1950. Lisboa: [S.n.], 1951, p. 6-7.

problemas³⁹. Neste sentido, pode-se dizer que o iluminismo português, à semelhança do italiano, afastou-se dos iluminismos revolucionários e exibiu um caráter moderado e reformista.

O iluminismo como um movimento filosófico pode ser categorizado como uma nova maneira de se raciocinar e solucionar problemas públicos e privados por meio da ressignificação de instituições para o melhoramento social e tendo como medida norteadora especificamente a razão⁴⁰.

A figura do soberano, para o iluminismo, muitas vezes ambigualmente, confunde-se com a do Estado, e aquele se torna a personificação deste e ambos expressam os interesses políticos comuns da sociedade. Neste sentido, o principado adquire um caráter de função pública, mas a novidade aqui é que passa-se a teorizar a respeito dos limites dos exercícios e, mais importante, seus objetivos⁴¹.

Isto, na conclusão de Guido Astuti, faz com que o absolutismo esclarecido não subtraia poderes do príncipe e os transfira para a esfera individual dos súditos, mas ao contrário, concentra ainda mais o poder nas mãos do Estado, sobretudo na formação do Estado de Polícia com sua máquina administrativa⁴².

A conquista das virtudes morais por meio da ética, de acordo com Verney, pode ser alcançada por qualquer um, independentemente da sua posição social, e isto é pensado como uma forma de garantir a liberdade do cidadão, que escapa à influência e submissão ao príncipe⁴³.

A essência das virtudes é encontrada através das regras naturais por meio da Filosofia Moral e, por isto, esta absorve tanto o direito natural quanto o direito civil. Do direito natural se podem extrair princípios racionais da razão universal, enquanto o segundo é um guia para aplica-los ao bem público da nação, o que eleva a Filosofia

³⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 97; COSTA, Pietro. L'illuminismo giuridico: strategia di dominio o progetto di emancipazione? In: **Estudos Luso-Hispanos de História do Direito II**. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2021, p. 17 ss.

⁴⁰ ASTUTI, Guido. O absolutismo esclarecido em Itália e o Estado de polícia. **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: coletânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 252.

⁴¹ ASTUTI, Guido. O absolutismo esclarecido em Itália e o Estado de polícia. **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: coletânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 264 e 280. Ainda que mais à frente o autor faça a ressalva de que o arbítrio do regente é sempre predominante frente aos limites apenas teorizados e a sua vontade ainda detém força de lei.

⁴² ASTUTI, Guido. O absolutismo esclarecido em Itália e o Estado de polícia. **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: coletânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 302-303.

⁴³ ARAÚJO, Ana Cristina. Dirigismo cultural e formação das elites no Pombalismo. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 23-24.

Moral à posição “disciplina propedêutica da ciência” e “estatuto de saber indispensável à vida civil e ao bom governo da monarquia”⁴⁴.

Politicamente, Verney entende que o Estado deve criar um ambiente protetivo e seguro para garantir aos indivíduos o máximo potencial de crescimento material e aprimoramento espiritual⁴⁵.

Em sua obra criticou fortemente o método de ensino em Portugal⁴⁶, especialmente o aristotélico-escolástico, defendendo a filosofia não teológica e a utilização das ciências experimentais. Em especial ao ensino jurídico, condenou a escola bartolista, preferindo a cujaciana e o método histórico-crítico com a exposição sintética-compêndiária. Ademais, privilegiou a história na formação do jurista, que, neste sentido, deveria compreender a história nacional e do direito⁴⁷.

É óbvio que esta tomada de controle sobre a Universidade e outras atitudes políticas, como na imprensa, apontam no sentido de manipulação da opinião pública para assegurar o apoio popular às novas medidas tomadas sob o Pombalismo⁴⁸.

A Universidade a partir das reformas de Pombal — as quais constantemente citam o trabalho de Verney⁴⁹ — muda radicalmente de função com a subordinação do corpo acadêmico e de seus estatutos, a alteração das regras de ingresso, forma e conteúdo transmitidos aos alunos, a modernização dos processos internos e remuneração dos docentes opera a limitação da autonomia da instituição, transformando-a em ferramenta para o Estado dizer aquilo que é relevante para os saberes sociais⁵⁰.

⁴⁴ ARAÚJO, Ana Cristina. Dirigismo cultural e formação das elites no Pombalismo. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 24-25.

⁴⁵ MONCADA, Luís Cabral de. **Um iluminista português do século XVIII: Luis António Verney: com um apêndice de novas cartas e documentos inéditos**. Coimbra: Arménio Amado, 1941. P. 47.

⁴⁶ Trata-se de uma concepção compartilhada por vários teóricos iluministas para garantir a sua reprodução. A formação moral do indivíduo deve iniciar na educação da criança para que bons hábitos sejam naturais, aperfeiçoando as capacidades de deliberação a fim de formar seres capazes de pensar racionalmente a respeito de temas físicos, intelectuais, morais e políticos. Mais acerca do assunto em PARRY, Geraint. Education and the reproduction of the enlightenment. **The enlightenment world**. Londres: Routledge, 2004, p. 217 ss.

⁴⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 97-99.

⁴⁸ ARAÚJO, Ana Cristina. Dirigismo cultural e formação das elites no Pombalismo. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 26.

⁴⁹ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 278. Como se vê no § 195 do Oitavo Estrago e Impedimento do Compêndio Histórico.

⁵⁰ ARAÚJO, Ana Cristina. Dirigismo cultural e formação das elites no Pombalismo. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 38.

O movimento codificador que se inicia com a pré-codificação proclama o império da razão crítica a partir do racionalismo humanista⁵¹, e o iluminismo, como nenhum outro movimento de pensamento jurídico, priorizou tanto a construção conforme a Razão, a “hipertrofia e este culto místico das faculdades racionais” levou a uma constante utilização de raciocínio intelectual e matemático⁵², fazendo-se uso de termos ligados às ciências exatas⁵³.

O interesse pelas ciências matemáticas e a utilização de um pensamento cartesiano para ser transportado para outros pensamentos como o filosófico e o jurídico obrigava que deixasse de ter uma resposta possível ou provável, apenas havia espaço para conclusões positivas ou negativas, exatas e objetivas⁵⁴.

Com o declínio do pensamento teológico, as ideias iluministas vitoriosas buscam novo critério para unificação do conhecimento, que no pensamento jurídico deveria ser secular, mas que erigisse um firme sustentáculo para o sistema, o qual será escolhido por cada autor, seja mais social, político ou filosófico⁵⁵.

E, como aponta Barbas Homem, o movimento reformador do século XVIII não foi iniciado por juristas, mas por filósofos, como Verney⁵⁶.

2.2. Legislação pombalina

A legislação pombalina trabalhada aqui configura o chamado movimento reformador do século XVIII⁵⁷, que opera tanto sobre direito praticado no foro quanto o estudado na universidade. Inicia-se com a lei de 18 de agosto de 1769, mais tarde conhecida como Lei da Boa Razão, seguida do Compêndio Histórico e da Reforma dos Estatutos da Universidade, que oportunamente serão abordados mais detalhadamente.

Neste período, como por influência dos trabalhos de Verney e outros, triunfavam no pensamento jurídico as ideias do direito natural, que consistiam em

⁵¹ JUSTO, António Santos. O Código de Napoleão e o Direito ibero-americano. **Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra**. Vol. LXXI, ano 1995. Coimbra: Coimbra editora, p. 27. (27-96)

⁵² TELLES, Inocêncio Galvão. **Verney e o iluminismo italiano**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol VII, 1950. Lisboa: [S.n.], 1951, p. 5-6.

⁵³ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da. **O que he o Código Civil?**. Lisboa: Typographia de António Rodrigues Galhardo, 1822, p. 113-114. Como se pode ver neste trecho, onde o autor utiliza-se de fórmula matemáticas.

⁵⁴ HOMEM, António Pedro Barbas. **Iluminismo e direito em Portugal: o reinado de D. José I**. Lisboa: [s.n.], 1987, p. 21.

⁵⁵ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)** Lisboa: [s.n.], 1998, p. 471.

⁵⁶ HOMEM, António Pedro Barbas. **Iluminismo e direito em Portugal: o reinado de D. José I**. Lisboa: [s.n.], 1987, p. 34 e 63.

⁵⁷ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 112. Terminologia utilizada pelo autor.

fundamentar a regra jurídica em um complexo de normas universais e intemporais observadas na e derivadas da natureza, extraíveis pela razão e que formava, então, a base para as leis positivas⁵⁸.

O período pombalino é, em Portugal, a representação do despotismo esclarecido, ou iluminismo absolutista⁵⁹, responsável por significantes consequências políticas, entretanto não se pode ignorar os efeitos produzidos no papel do jurista dentro do cenário reformador, quando será teorizada uma norma dogmática juspublicista⁶⁰.

Ao lado do jusnaturalismo, cujos frutos são mais visíveis no âmbito do direito público, nota-se também — com maior ênfase no direito privado — por sua vez, a aplicação do *usus modernus pandectarum*, ou o uso moderno do direito romano, segundo o qual, a aplicação do direito romano é feita após rigorosa análise de forma a despi-lo das suas “particularidades obsoletas” e então remoldá-lo às circunstâncias modernas do direito e às necessidades sociais⁶¹.

Por fim, Paulo Merêa ainda acrescenta a estas influências o iluminismo francês do século XVIII, que anexa a sua carga humanitária como produto, sobretudo, de Beccaria, nas doutrinas do direito penal⁶².

Durante o Século das Luzes é preciso ter em mente que o direito, nas palavras de Barbas Homem, é um “direito dos juizes”, em resposta a isto existe uma busca pela simplicidade na questão axiomática do direito e o papel dos juristas na busca da decisão judicial ideal se transforma no singelo exercício de subsunção da norma legal aos fatos, em conformidade com aquilo que Bobbio expõe a respeito de os juristas buscarem sempre a solução mais simples⁶³. É um dos sinais da codificação e Barbas Homem sustenta que este efeito é decorrente da crença “na possibilidade de eliminação da subjectividade doutrinária do discurso jurídico”⁶⁴.

⁵⁸ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 112.

⁵⁹ BANOND, Isabel. **História das ideias políticas**. 1.ª ed. Cascais: Príncipia, 2014, p. 192 ss. Esta leitura é relevante para a diferenciação entre o despotismo ilustrado e o absolutismo clássico.

⁶⁰ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)** Lisboa: [s.n.], 1998, p.460. “O iluminismo absolutista trouxe consigo a nova ideia sobre a função do jurista que deve ser apreciada em paralelo com as transformações institucionais e normativas já estudadas, e com a teorização de uma nova dogmática juspublicista, por corresponderem a uma mesma atitude”

⁶¹ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 112-113.

⁶² MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 113.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 1979, p. 86.

⁶⁴ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)** Lisboa: [s.n.], 1998, p. 460-461. “Seguindo uma definição célebre, embora esquemática, podemos concluir que o arquétipo metodológico adoptado no século das luzes pode traduzir-se na fórmula de um direito dos juizes. A redução da complexidade do problema metodológico da ciência do

A criação de universidades regionais limitou a mobilidade dos juristas, que ainda mantiveram certa unidade pela língua latina utilizada até o século XVIII. A unidade da ciência jurídica europeia se dissipou a partir do advento dos estados nacionais, mas, antes disto, o absolutismo já havia marcado o direito com um cunho regional e circunscrito, primeiramente no direito público e num segundo momento no direito privado⁶⁵.

Isto coaduna-se bem com o ímpeto de reforma moral e intelectual do despotismo esclarecido das demais nações europeias, onde se cultivava as ideias de trazer a responsabilidade sobre a propagação cultural e racional da sociedade e impulsionando o progresso, trazendo a Universidade ao seio do controle estatal. A emancipação do homem por meio das luzes contribuía para a ideia do “monarca benfazejo”, que seriam os próprios déspotas⁶⁶.

Até os inícios do século XIX toda produção em filosofia do direito tratava do direito natural, mas a partir deste marco, cambiando de que a razão cognoscente deveria ser utilizada de forma a guiar — e quando necessário corrigir — o direito positivo. O direito entendido como um fato histórico é visto como sempre em desenvolvimento e com o elemento histórico se torna um fenômeno real. Isto ocorre em Portugal a partir dos Estatutos da Universidade em 1772⁶⁷.

Estas ideias modernas, incluídas na reforma pombalina, demonstram o sucesso de programas de reforma protagonizados pelos príncipes, que embora não seguissem passos coerentes, tiveram como resultado uma reconfiguração da relação entre o Estado e o Direito, formando aquilo que Castanheira Neves chama de teoria tradicional das fontes do direito, em que o direito se identifica com a lei, confundindo-se “a *auctoritas* jurídica com a autoridade política ou o *poder*”⁶⁸. Especificamente em Portugal a

direito encontra o seu caminho sobre a função do jurista através da simplificação das operações de descoberta da decisão judicial, apresentada como o resultado lógico e inevitável das seguintes operações intelectuais: identificação da norma legal aplicável; interpretação; aplicação aos factos. As manifestações deste programa anti-prudencial são em grande parte o resultado da crença na possibilidade de eliminação da subjectividade doutrinária do discurso jurídico”.

⁶⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. Tradução por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 228-229.

⁶⁶ ARAÚJO, Ana Cristina. Dirigismo cultural e formação das elites no Pombalismo. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 9-10.

⁶⁷ MARQUES, Mário Reis. **Do ‘Direito Natural’ à ‘Filosofia do Direito’: José Dias Ferreira**. in: Nomos: revista portuguesa de filosofia do direito e do estado. Amadora: António Braz Teixeira, p. 41-42. (38-55).

⁶⁸ NEVES, António Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LVIII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, p. 210-211.

reforma não foi anunciada ou preparada por um movimento doutrinário que a justificasse e a apoiasse, entretanto⁶⁹.

2.2.1. Lei da Boa Razão

Foi publicada sob o reinado de D. José I, em 18 de agosto de 1769⁷⁰, uma lei com quatorze parágrafos como passo da reforma pombalina, que mais tarde seria designada por Correia Telles como a *Lei da Boa Razão*. Nela se determinou que só fossem aplicáveis como direito subsidiário os textos do direito romano conformes à *boa razão*, entendendo por estas palavras os princípios essenciais e inalteráveis que o direito natural prescreve para servirem de regras entre os povos cristãos, e bem assim o direito das gentes, isto é, o que regula as relações entre as diversas nações civilizadas. Mais, o direito canónico deveria ser usado apenas nos tribunais eclesiásticos; e em matéria de negócios políticos, económicos, mercantis e marítimos, devia recorrer-se, como direito subsidiário, às leis das “nações civilizadas”⁷¹.

A Lei da Boa Razão concentrou-se especialmente no sistema de fontes do direito, com um propósito claro de encerrar a supremacia do direito romano, colocando acima deste o direito nacional, ou seja, as Ordenações do Reino, leis extravagantes e o Costume. Apesar deste comando não ser inédito, uma vez que se encontrava nas Ordenações, de acordo com a intenção da lei foi reforçada a natureza meramente subsidiária do direito romano, sendo invocado tão somente quando estivesse «conforme a boa razão»⁷².

Convém, antes de pormenorizar a Lei da Boa Razão, comentar a respeito das fontes do direito e do direito subsidiário até aquele momento, de maneira que seja possível compreender os efeitos do diploma legal.

Estudar as fontes do direito é estudar a maneira como o direito se constrói e se apresenta como “vinculante normatividade vigente”, ou seja, como uma norma jurídica

⁶⁹ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820). Lisboa: [s.n.], 1998, p. 469.

⁷⁰ Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/10/73/p430>. Acesso em 19 jul 2020.

⁷¹ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 114; ROCHA, Manuel António Coelho da. **A história do governo e da legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do direito patrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 203.

⁷² VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais**: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 7-8.

adquire caráter vinculativo. Compreendendo as fontes do direito compreende-se também a sua constituição e seu conceito como dever-ser⁷³.

Durante o Antigo Regime, resumidamente, as tentativas de reformas que tentavam superar o caráter dispersivo das fontes consuetudinárias, jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas encontravam resistência. Entretanto, a ausência de Lei não significa a ausência do Direito, pois o pensamento de que a única fonte legítima do direito é a lei começou a gerar-se na Ilustração e no jusnaturalismo racionalista⁷⁴.

A estrutura jurídica medieval que possuía raízes profundas passa a ser combatida pela figura do príncipe. A pluralidade de fontes medieval é encarada como um particularismo a ser superado, um obstáculo à unidade e simplicidade e certeza do direito, pois as fontes antigas que se apoiavam sobre o senso comum e o probabilismo da opinião comum dos doutores ruem diante do pensamento lógico e racionalista⁷⁵.

Não há mais espaço para os valores intrínsecos dos textos, ou do consenso, ou da presunção de verdade jurídica das fontes largamente utilizadas no *ancién regime*, busca-se agora um direito certo, fixado por verdades absolutas e intemporais.

Disto pode surgir um questionamento a respeito da equivalência entre a lei e o costume no espectro das fontes do direito quando emana do monarca a fonte de todo o direito positivo. As ordenações estabeleciam que costume era fonte e era pacífico entre os doutores que o costume tinha força de lei. O costume alcançaria seu status por gozar de uma autorização tácita do príncipe⁷⁶, ou seja, se a sua vontade fosse em sentido diverso, publicaria uma lei em contrário.

A opinião comum dos doutores⁷⁷ foi uma das mais importantes fontes utilizadas no direito medieval e moderno, por sua vez, mostrou-se como uma resposta à crise de incerteza do direito. A coleção de opiniões dos doutores sobre determinado assunto para fundamentar determinada solução aponta o ímpeto de gerar maior segurança dentro do sistema jurídico, que é a mesma solução apresentada pela lei, e que

⁷³ NEVES, António Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LVIII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, p. 170-171.

⁷⁴ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 311.

⁷⁵ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 442-443.

⁷⁶ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 102.

⁷⁷ LONGHI, Rafael. Continuidades e discontinuidades: a «opinião comum dos doutores» na interpretação dos juristas brasileiros. in: **Interpretatio Prudentium**. n.º 3, 2018. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 137-208. É uma leitura para aprofundar o estudo da opinião comum dos doutores ao mesmo tempo que se obtém a perspectiva comparada com o direito brasileiro.

muitas vezes antes surgiu no direito, como cita Marques, no *ius respondendi ex auctoritate principis*, na lei das citações, na *opinio communis*, nas consolidações e nas codificações, por fim. A *opinio communis doctorum*, entretanto, não possui o poder coercitivo da lei, mas tão somente uma presunção de verdade, o que a aproxima da *lex*, até certo nível, já que a lei também tem o raciocínio de apresentar verdade jurídica, de maneira que se pode dizer “A *opinio* é assumida como uma verdadeira lei imposta pelos mais doutos”⁷⁸.

Segundo Mário Reis Marques, no topo do sistema do direito comum será encontrado a *opinio communis doctorum*, que encontra sua vigência principalmente no prestígio das suas obras e dos seus autores e estes não têm relação com o poder soberano. Esta *auctoritas* se dá pelo prestígio gozado dentro do meio dos juristas e é tanto maior quanto for o reconhecimento do autor⁷⁹.

No plano de fundo político deste cenário encontra-se o conflito entre a ideologia liberal e a do absolutismo monárquico, tanto em Portugal quanto em outros países europeus. A codificação representa o triunfo da concepção liberal iluminista de Estado e de Estado legislador, que por sua vez concentra o monopólio da produção do direito⁸⁰.

A subordinação do juiz à lei salvaguarda o valor da segurança jurídica, o qual acumula muita importância no período discutido, que assegura aos cidadãos a certeza de seu comportamento ser ou não conforme à lei⁸¹. A segurança se torna uma demanda do poder político e os juristas burocráticos preparam-se para anular a influência restante das interpretações provindas dos doutores e garantir que a legislação refletisse a segurança⁸².

Findo este contexto, passa-se à análise do texto da Lei da Boa Razão, tendo em vista especialmente o comentário feito por Correia Telles. Importante ressaltar que seu comentário é produzido após a revolução liberal de 1820, o que pode impactar a

⁷⁸ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 308.

⁷⁹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 13.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 33.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 36

⁸² HOMEM, António Pedro Barbas. **Iluminismo e direito em Portugal**: o reinado de D. José I. Lisboa: [s.n.], 1987, p. 92-93.

interpretação que se apresenta. Entretanto, justifica-se a sua utilização especialmente por ser contemporânea ao grupo de autores estudados.

O texto legal condena de princípio as “interpretações abusivas”⁸³, em razão de que a motivação de seu autor e as palavras da lei são claras, a interpretação é considerada nada mais que um exercício de paixão cega e feita de acordo com suas próprias convicções⁸⁴.

Em seguida, salienta a importância da posição que ocupa o soberano legislador em promover a defesa e proteção das propriedades de seus súditos, mas que não deve ser entendida de forma restrita, mas também de suas vidas e honra⁸⁵.

Com relação à aplicação do Direito, a Lei determina que os recursos devem ser acolhidos em duas condições: quando for expressamente contrária às Ordenações e as Leis do Reino; ou quando conflitar com o *direito expesso* de forma notória⁸⁶. Nisto, significa que o Chanceler da Casa da Suplicação poderá ainda se valer do direito romano para reformar uma sentença, contanto que ele seja expesso, aplicado subsidiariamente e contenha um erro notório⁸⁷.

Com este objetivo, a Lei da Boa Razão estabelece uma punição contra aqueles advogados que profiram interpretações baseadas em “raciocínios frívolos” e que estejam orientados a invocar artificios das disposições legais, ao invés de retirar delas a justiça para ser aplicada⁸⁸. Este parágrafo agrava as penas já instituídas nas Ordenações Filipinas L. 1, Tit. 48, § 7, contra procuradores que agissem contra o expesso direito⁸⁹.

No § 9, comenta-se a respeito do esquecimento das Leis Pátrias e a preferência pelo direito romano, o qual se encontrava muito distante dos povos de então para possuírem algo de comum. Na parte prescritiva, determina que enquanto houver Ordenações do Reino, Leis Pátrias e Usos do Reino, não se pode utilizar outras fontes e que, na falta daquelas, as fontes subsidiárias fossem filtradas pela boa razão, sendo desligadas das suas autoridades extrínsecas, e valendo-se dos “primitivos princípios,

⁸³ Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/10/73/p430>. Acesso em 16 nov 2020.

⁸⁴ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 6.

⁸⁵ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 6.

⁸⁶ § 1. Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/10/73/p430>. Acesso em 16 nov 2020.

⁸⁷ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 9.

⁸⁸ § 7. Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/10/73/p430>. Acesso em 16 nov 2020.

⁸⁹ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 19. O autor explana em profundidade a respeito dos sofismas e suas espécies.

que contém verdades essenciaes, instrinsecas e inalteraveis”. E segue a minorizar o direito romano como o de um povo o qual teve seus princípios morais e civis deturpados e não tinha conhecimento suficiente acerca do direito natural⁹⁰.

Braga da Cruz considera este parágrafo como o mais significativo na análise da lei, porque resolve a questão do direito subsidiário que outrora fora fixado nas Ordenações a respeito da boa razão como conceito subsidiário, e o faz através da explicação do conceito de boa razão, interpretando-o sob medida para o novo projeto político-jurídico e introduzindo as máximas do direito natural e do uso moderno. A reta razão agora é aquela dos jusnaturalistas⁹¹.

O comentário de Correia Telles divide em três mandamentos este parágrafo: 1.º, que não se utilize de decisões ou textos de direito civil ou outras autoridades se houver sobre o assunto fontes de direito nacional; 2.º, retira-se a autoridade extrínseca dos textos de direito civil, devendo analisar sempre o seu conteúdo e avaliá-lo tão somente pela sua correspondência com a boa razão; 3.º nas matérias de Leis Políticas, econômicas, mercantis e marítimas, a fonte subsidiária deve ser as leis das nações civilizadas da Europa, excluindo-se as romanas⁹².

A primeira determinação tem um claro e importante objetivo de impedir que as Leis do Reino, os Estilos e os costumes caiam em desuso, ainda encorajando os operadores do direito a utilizarem em suas fundamentações as fontes de direito nacionais que condissessem com as romanas⁹³.

A segunda determinação, na estruturação de Correia Telles, relaciona-se com o que três anos depois seria reafirmado nos Estatutos das Universidades, de que as Leis Romanas somente podem ser utilizadas nos casos duplamente omissos, tanto na letra como no espírito das Leis Pátrias⁹⁴. Além disto, os Estatutos acrescentam quatro regras para a aplicação das Leis Romanas: não devem opor-se aos costumes e à moral cristã; sejam conforme a *boa razão*; não sejam contrárias ao direito das Gentes; estejam de

⁹⁰ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 26-28; CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 290-291.

⁹¹ CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 292-293.

⁹² TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p.28-29.

⁹³ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 29.

⁹⁴ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 30.

acordo com as Leis Políticas, econômicas, mercantis e marítimas das nações civilizadas⁹⁵.

A comparação entre a Lei da Boa Razão e os Estatutos mostra que a primeira exige que, ao aplicar subsidiariamente o direito romano, esteja de acordo com a boa razão, enquanto aos segundos basta que não contrariem as Leis Naturais, Divinas ou Direito das Gentes⁹⁶.

Por fim, a terceira determinação trata de matérias específicas, quais sejam, as matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas. Correia Telles nota que o texto da Lei não esclarece o que considera serem Leis Políticas e Econômicas, mas comenta que aquelas são as de Direito Público Universal (ou internacional) e estas dizem respeito ao Direito Público interno⁹⁷. As leis mercantis tratam dos assuntos comerciais e negociais e as marítimas regulam os profissionais do mar, navios, naufrágios etc.⁹⁸.

O § 10 da Lei da Boa Razão trata a respeito da interpretação do direito nacional e o romano, as hipóteses que são corretórias, ampliativas e restritivas. Além disto, hostiliza o direito romano e as razões dos seus princípios e determina sanção aos advogados que insistam em violar as prescrições desta lei⁹⁹. Apesar de parecer que os textos romanos são incapazes de fornecer critérios confiáveis de interpretação das leis nacionais, Correia Telles demonstra que este não é o caso, já que se encontram tão conforme à boa razão quanto os autores usados então, citando exemplos¹⁰⁰. Ademais, o parágrafo seguinte, em grande medida, contradiz as próprias afirmações do parágrafo 10.

No parágrafo 13 comenta-se sobre a incapacidade de utilização satisfatória das glosas de Acúrsio e Bártolo com a consequente proibição de utilizá-las em juízo, após séculos de utilização conjunta com a *opinio communis* para integração de lacunas, tanto por advogados quanto por julgadores; e em substituição, valha-se das *boas razões*

⁹⁵ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 31-32.

⁹⁶ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 47.

⁹⁷ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 53.

⁹⁸ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 61-62.

⁹⁹ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 63-65.

¹⁰⁰ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 65-66.

citadas na lei, excluindo-se o recurso à autoridade extrínseca dos dois doutores, revogando, como resultado, a Ord. L. 3, tit. LXIV §1¹⁰¹.

O comentário de Correia Telles ao parágrafo acima afirma que a revogação daquele parágrafo das Ordenações atrai a jurisprudência de então para um cenário mais arbitrário. O motivo para isto é que a Lei acaba por fazer o oposto daquilo que se havia colocado a resolver, retirou as glosas que eram estudadas há centenas de anos e introduziu a *boa razão* como guia para o direito, sendo melhor, para o autor, segui-las, ainda que insatisfatórias, do que no arbítrio dos julgadores a utilizar-se da *boa razão*¹⁰².

O autor esclarece que o parágrafo em comentário diz que dos textos romanos se podem extrair normas gerais de interpretação para leis e negócios jurídicos que são conforme a boa razão quanto os autores do direito natural tinham trazido à época.

Conclui-se que a Lei da Boa Razão, apesar de ter como propósito corrigir os problemas da jurisprudência portuguesa, fez com que a insegurança a respeito das fontes antigas apenas fosse transportada para o conceito central da *boa razão* e sua posição em relação às demais fontes¹⁰³.

Por último, a última consequência que a conecta ao restante do trabalho:

[...] Pois agora, passados 50 anos e difundidas em Portugal as ideias do *individualismo crítico*, vai ser ele próprio a vítima da mesma tática que usou para com as velhas *Ordenações*: — A *boa razão*, que as *Ordenações* tinham invocado apenas como *justa razão* — quase como a simples *voz do bom senso* — e que o legislador pombalino adaptara à moda jusnaturalista, iria passar agora, na primeira metade do século XIX, a vestir um figurino liberal; e o *uso moderno*, que os *Estatutos Pombalinos da Universidade* ofereciam como critério prático para avaliar da concordância do *direito romano* com a *recta ratio*, passaria a ser, na obra dos nossos doutrinadores e na jurisprudência dos nossos tribunais, a partir da segunda década do século XIX, preferentemente o *direito das modernas codificações europeias*, moldadas já nos cânones do individualismo que a Revolução Francesa fizera triunfante em todo o velho Continente¹⁰⁴.

Portanto, o vácuo deixado por todas as mudanças testemunhadas no período trabalhado é preenchido paulatinamente pelos códigos civis das nações europeias, em especial o francês e o prussiano.

¹⁰¹ TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 84-85; CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 296-297.

¹⁰² TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824, p. 85-86.

¹⁰³ CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 306-307.

¹⁰⁴ CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 310.

2.2.2. Compêndio Histórico

As reformas no ensino ocorreram, de forma mais ou menos homogênea, em toda a Europa, objetivando a emancipação em relação ao *mos italicus* e dando à doutrina maior independência, livrando-se da corpulenta glosa que o deixava cada vez mais desacreditado¹⁰⁵.

Apesar de uma tentativa de reforma em 1762, como salientam Almeida Costa e Figueiredo Marcos, percebeu-se que a única maneira de derrubar o domínio do ensino jesuítico e operar mudança significativa e duradoura seria por meio de um violento e coordenado ataque que deixasse pouco espaço para subjetividade e margem de manobra por parte dos docentes¹⁰⁶.

No ano de 1770 foi criada a Junta de Providência Literária, à qual foi confiada a função de examinar e produzir um relatório sobre a situação corrente da universidade, o qual é chamado de *Compêndio Histórico*. Posteriormente, delegou-se à mesma Junta a tarefa de elaborar um projeto para a reforma dos estudos universitários, que por sua vez é conhecido como *Estatutos da Universidade*, ou mais vulgarmente, como *Estatutos Pombalinos*, o qual possui grande valor histórico e demonstra as habilidades de seus autores¹⁰⁷.

A fim de combater os vícios imputados ao método escolástico e ao predomínio do direito romano, prescreveu-se o estudo do direito nacional, direito natural e o das Gentes, recomendou-se lançar mão do *usus modernus* e do estudo da cultura histórica, ainda com certa incoerência restou no seu lugar de destaque o direito romano, o que somente foi revisitado mais tarde, com o alvará de 16 de janeiro de 1805^{108/109}.

Prescreveu-se o uso das obras compendiárias, cujo principal mérito foi uma maior aproximação da ciência jurídica e da aplicação do direito com a realidade social e

¹⁰⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 230.

¹⁰⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 103-104.

¹⁰⁷ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 115 COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 103. Estes acrescentam que o principal responsável dentro da Junta foi João Pereira Ramos de Azevedo Coutinho.

¹⁰⁸ Disponível em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p325>, acesso em 25 mai 2021.

¹⁰⁹ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 116. “Para contrapor a estes vícios [do método escolástico e predomínio do direito romano], sustentou-se a necessidade do estudo do direito pátrio, bem como do direito natural e das gentes, defendeu-se o uso moderno do direito romano, e sobretudo apontou-se como essencial a cultura histórica”

econômica do seu tempo, afastando-se dos casos presentes nas Pandectas, voltando os olhos para casos práticos e correntes. Apesar disto, Wieacker declara que os autores mais emblemáticos do *usus modernus* devem ser chamados de sintéticos ou sinóticos em oposição a sistemáticos¹¹⁰.

Portanto, no capítulo II.I, identifica-se o primeiro “estrago e impedimento”, o desconhecimento do latim, que o texto considera essencial para a correta compreensão dos textos romanos primários, mas também suas glosas e comentários¹¹¹. Como dito anteriormente, a época do *compêndio* é o ponto de inflexão do modo de ensino do direito, transitando entre o estudo e ensino do direito romano como fonte primária para os do direito e leis nacionais, mas ainda subsistiu — e por considerável período de tempo — o uso das fontes romanas na universidade, por isto, todo o material de ensino estava em latim, conseqüentemente não é possível esperar sua compreensão ou mesmo sua análise crítica por parte dos alunos que não dominavam a língua.

O segundo impedimento é a ignorância da língua grega, a qual, por motivos semelhantes aos do primeiro impedimento, impede a total compreensão das fontes jurídicas e da jurisprudência. Mais, auxilia na compreensão de outras disciplinas, como a filosofia, a moral, e o direito canônico, que contribuem para o desenvolvimento do direito natural e das Gentes¹¹².

O terceiro empecilho foi considerado a imperícia na retórica, que gerava aos alunos, afinal, a competência de argumentação para atuação no foro, além de ser imprescindível para o real entendimento dos textos latinos e portugueses, não bastando apenas a compreensão gramatical. A boa interpretação dos textos dos juristas romanos e contemporâneos dependia do conhecimento da disposição argumentativa, gêneros e figuras de linguagem, especialmente utilizados pelos jurisconsultos e oradores, cujo exemplo eleito é Cícero¹¹³.

A quarta habilidade que não se encontrava nos alunos admitidos à universidade era a da lógica, a qual é “a porta de todas as Ciências”, e se une à retórica e à interpretação gramatical com o objetivo de atingir o verdadeiro conhecimento do espírito das leis. À semelhança da Lei da Boa Razão, o *Compêndio* busca combater os

¹¹⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 233.

¹¹¹ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 206.

¹¹² FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 211-216.

¹¹³ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 216-219.

abusos nas interpretações das leis existentes e é neste sentido que se entende o uso da lógica e do método exegético, para ensinar aos estudantes alcançar o sentido verdadeiro da lei e perceber a intenção do legislador, para nunca ir contra ela¹¹⁴.

Em quinto lugar, a noção de metafísica transmitida nas escolas jesuíticas fazia com que os alunos não conhecessem suficientemente sobre ontologia, cosmologia e pneumatologia, ramos que o *Compêndio* elege como essenciais. Todavia, os *velhos estatutos* haviam reduzido a metafísica a um estado deplorável, viciada pelos intérpretes de Aristóteles, entendendo-a como uma ciência autônoma e própria, ao oposto de ser uma ciência que serve e formula as demais¹¹⁵.

O sexto ponto, que é bastante extenso, e talvez o mais importante deles, refere-se à defasagem do ensino da filosofia moral, que “é, sem controvérsia, a parte mais nobre da Filosofia, a Rainha das Disciplinas Filosóficas, o último termo e objecto final de toda a Ciência da Razão”. É por meio dela que o ser humano seria capaz de entender a si mesmo, sua natureza e faculdades morais, os conceitos de bem e mal e as virtudes alcançáveis e reconhecer a primazia da Razão¹¹⁶.

Cita a virtude dos preceitos invariáveis da filosofia moral, que desde os tempos mais remotos guiaram a formação das sociedades e seus governantes, e elabora quatro motivos para tal: (i) averigua a natureza, essência, sujeito e obrigação da Lei e as ações a ela sujeitas; (ii) a interpretação das leis é importante, mas acima de tudo, é importante que as leis sejam observadas e implantadas, e para isto a Filosofia Moral fornece as ferramentas para despertar as virtudes, endireitar os costumes e e hábitos para serem conformes com a Lei; (iii) as Leis Romanas foram, por sua vez, inspiradas pela filosofia moral antiga de seus filósofos, professores e jurisprudentes romanos e gregos e, por isto, a sua boa percepção depende disto; (iv) por fim, por fazer o próprio direito natural parte da Ética e do estudo da doutrina dos Ofícios, não se pode absorvê-lo por completo sem a contextualização da filosofia moral¹¹⁷.

O sétimo impedimento constatado é exclusivamente a falta de atenção ao direito natural, este que é decorrência da mais genuína reta razão que lança luz às obrigações naturais dos seres humanos. Ademais, como o direito natural serve de base

¹¹⁴ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 219-223.

¹¹⁵ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 219-224.

¹¹⁶ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 226.

¹¹⁷ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 231.

para as leis positivas não se pode conceber e aplicar este sem o conhecimento das leis naturais para alcançar a prosperidade dos indivíduos e do Estado¹¹⁸.

O direito natural ensina os princípios gerais e completos do sistema do direito de forma mais efetiva e clara que as demais fontes doutrinárias, como as romanas, as glosas e os comentários, que estavam em estado disperso e mal organizado, enquanto o direito natural se encontrava organizado pelo método compendiário¹¹⁹.

O oitavo ponto de crítica apresentado pelo Compêndio é a negligência com o estudo da História, seja do direito civil, romano, pátrio, canônico, privado e público, além da história dos povos, que privou os estudantes desta importante disciplina para o ensino das Leis e dos Cânones. Defende o Compêndio que a instrução da jurisprudência tem de estar sempre aliada à da História, sob pena de deixar a jurisprudência cadavérica¹²⁰.

O jurista deveria ter sempre a união da História e do direito natural como guia no aprendizado e interpretação das leis. A primeira clarifica o espírito das leis por meio da dedução da boa-razão específica e através do segundo são interpretados os textos legais para verificar se estão ou não conforme as leis naturais¹²¹.

O nono estrago e impedimento está conectado ao antecessor, é a ausência de conhecimento da História Literária da Jurisprudência, ou seja, a compreensão do processo de evolução ou decadência de certas escolas jurídicas, seus autores e obras. É somente desta maneira que consegue o estudante ordenar os seus estudos de maneira a evitar perda de tempo e construção de noções equivocadas, conhecendo os melhores livros para cada uma das matérias¹²².

A décima disfunção era a inexistência da boa instrução sobre a metodologia. Uma vez que a quantidade de material a ser estudado, tanto de leis quanto de doutrina, era cada vez mais volumosa, a boa instrumentalização do método é essencial para navegar pelos livros e normas na maneira mais segura e confiável¹²³.

¹¹⁸ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 236 e 260.

¹¹⁹ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 264.

¹²⁰ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 273-274.

¹²¹ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 275.

¹²² FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 281-282.

¹²³ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 289-290.

O décimo primeiro impedimento tratava da má instrução do direito canônico que, por sua vez, sofria dos mesmos problemas que o civil, a falta de método e de ordem. As duas prudências são necessárias para a formação do bom jurista, que pode absorver tanto da civil quanto da canônica pontos essenciais para a sua boa atuação no foro¹²⁴.

O décimo segundo empecilho detectado pelos Estatutos foi acerca do método de ensino, onde não se utilizava o método sintético e compendiário. Ao contrário, a técnica jesuítica era a do método analítico, contudo nesta forma os professores se dedicavam durante anos ao comentário de algumas poucas leis ou diplomas, caminho que por vezes os levava a depurar o próprio propósito do texto, e durante suas aulas aplicavam os tais comentários e os transmitiam aos alunos¹²⁵.

Os inconvenientes disto se refletiam na falta de conexão e trabalho dedutivo por parte dos alunos, que se viam forçados a estudar e repetir as mesmas leis e capítulos avulsos, prescindindo ainda de uma base principiológica para compreendê-los, fazendo com que não houvesse uma completa assimilação dos textos, resultando em confusão e arbitrariedade¹²⁶.

Como décimo terceiro estrago e impedimento foi eleita a falta da aplicação do uso moderno do direito, resultado de um péssimo cuidado e apreço à separação do direito prático e teórico. Isto faz com que seja impossível visualizar aquelas leis ensinadas na teoria sem que tenham qualquer aplicabilidade prática quando já não têm uso e se encontram esquecidas ou revogadas¹²⁷.

Este é um ponto bem marcante que se verá repetido frequentemente neste trabalho, qual seja, a aplicabilidade prática do direito, que aqui se vê primeiramente na instrução do ensino superior¹²⁸. Neste sentido a instrução do direito tem um objetivo bem claro, que é a preparação dos estudantes para a prática, ou para o foro, tornando-os

¹²⁴ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 295-296.

¹²⁵ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 302-303.

¹²⁶ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 303.

¹²⁷ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 305.

¹²⁸ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820). Lisboa: [s.n.], 1998, p. 461-462.

“Jurisconsultos hábeis para a boa administração da Justiça”, que não seriam formados por especulações do direito¹²⁹.

O Compêndio prossegue neste ponto a criticar os docentes das universidades por não conhecerem os textos dos Corpos do Direito ainda aplicáveis fora do ambiente acadêmico, não apenas em Portugal, mas também nas demais nações cristãs e polidas, muitas vezes ensinando leis que sequer tiveram aplicabilidade no Império Romano quando da compilação justinianeia¹³⁰.

Portanto, a análise do Compêndio conclui que se perdia muito tempo com leis e textos jurídicos irrelevantes e abstratos, que não encontram correlação com aquilo que estava em exercício no foro, ao mesmo tempo que deixava-se de estudar aqueles que efetivamente se encontravam em vigor e que constituíam os Ofícios do Jurisconsulto¹³¹.

O décimo quarto problema visualizado versa sobre o predomínio do ensino do direito romano sobre o do direito nNacional nas lições da faculdade. Ao invés de tratar-se do direito pátrio em conjunto com o direito romano e o canônico, aquele é esquecido e os licenciados deixavam a academia sem noções básicas do direito português¹³².

O último impedimento, o qual é considerado pelo próprio Compêndio como mais importante, trata especialmente da “Escola da Jurisprudência” que havia sido escolhido para nortear os estudos, referindo-se especificamente às fontes utilizadas, mais especificamente, às glosas de Bártolo, que por sua vez foram originadas a partir das de Acúrsio. A adoção de tal escola insistia num método de estudo que não incentivava o pensamento crítico e que buscasse a inteligência dos textos, mas sim consistiam na leitura e repetição dos textos das glosas na exata ordem em que constavam nos próprios livros de forma mecânica¹³³.

2.2.3 Novos Estatutos das Universidades

Com a vigência da Lei da Boa Razão e a publicação do Compêndio Histórico, em breve haveria de se aplicar a mudança sobre o ensino jurídico dentro da

¹²⁹ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 306.

¹³⁰ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 306.

¹³¹ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 307.

¹³² FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 313 e 316.

¹³³ FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques(coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009, p. 318-321.

universidade, que se deu com a reforma de 1772, a qual instituiu os *Novos Estatutos*¹³⁴, e a Faculdade de Leis e de Cânones passou a ter uma cadeira de Direito Pátrio, comum aos dois cursos¹³⁵.

Como salienta Maria Eduarda Cruzeiro, a reforma dos estudos jurídicos deve ser vista como uma engrenagem fundamental na reinterpretação que dão as correntes do iluminismo que circulavam pelo território europeu ao papel da universidade, esta faceta pedagógica é imprescindível para instalar e consolidar tal projeto que possui um claro de “constituir as responsabilidades do ensino em competência privilegiada do Estado”. Em Portugal inicia-se em 1759 e estende-se até 1772, com os novos estatutos e estabelecem o sistema público de ensino¹³⁶.

O método do ensino do direito escolhido era designado o “sintético-demonstrativo-compêndiário”¹³⁷, em substituição ao escolástico.¹³⁸ As cadeiras do curso ainda continham grande carga horária de direito romano e o direito civil era ensinado com base no Digesto¹³⁹.

No que tocava ao ensino das disciplinas tradicionais do direito romano e direito canónico, a ideia era de reforma do *mos docendi*, excluindo-se o método escolástico ou de Bártolo¹⁴⁰ e substituindo-lhes pelo histórico-crítico¹⁴¹, ao qual os docentes

¹³⁴ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 229. Em oposição aos *estatutos velhos*, que regeram até 1772.

¹³⁵ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 8; COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 104. Coerentemente com as reformas em relação aos docentes, o quadro de lentes em exercício foi completamente substituído.

¹³⁶ CRUZEIRO, Maria Eduarda. A reforma pombalina na história da Universidade. **Análise social**. Vol. XXIV. Lisboa: Gabinete de Investigações do ISCEF, 1988, p. 173-174. (165-210)

¹³⁷ MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. in: **Boletim da faculdade de Direito**. Vol 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958. p. 189 (pp. 187-214); JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 75-79. (L. 2 tit. 3 cap. 1 §§18-22).

¹³⁸ MERÊA, Paulo. **Esboço de uma história da Faculdade de Direito**. In: BFD, 1952, p. 124; MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. in: **Boletim da faculdade de Direito**. Vol 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958, p. 195 (pp. 187-214); ARAÚJO, Ana Cristina. Dirigismo cultural e formação das elites no Pombalismo. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 12.

¹³⁹ MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. in: **Boletim da faculdade de Direito**. Vol 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958. p. 189 (pp. 187-214) consta a lista completa das cadeiras do curso.

¹⁴⁰ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: 1841, p. 232. Chama o método anterior de método analítico, o qual transmitia aos alunos o *Corpus Iuris Civilis* e o Direito Canónico, que inevitavelmente levava aqueles a utilizarem-nos na prática forense, em detrimento das leis do reino.

¹⁴¹ FREITAS, Pedro Caridade de. **Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira**. Coimbra: Almedia, 2005, p. 115. Este método “propugna uma atenção especial sobre a História

acrescentariam a perspectiva do direito natural, pois estes dois se consideravam ferramentas para o estudo do direito romano¹⁴².

De acordo com o método analítico, o docente focava na leitura repetitiva de trechos dos corpos de direito romano ou canônico e então analisava os vários comentários daqueles textos. Por outro lado, o sintético-demonstrativo fazia com que o professor iniciasse com uma visão universal da matéria e de maneira organizada explicar o conteúdo partindo dos conceitos mais simples e, após a total compreensão, partir para os mais complexos, acompanhado sempre pelos manuais compendários¹⁴³.

O direito romano, por sua vez, deveria ser sempre dosado às necessidades do foro português, ou seja, o seu ensino seguia o uso moderno das *Institutiones* do imperador Justiniano, dos comentários de Heinécio e das notas de Boehmer¹⁴⁴. As lições sintéticas do direito romano, por determinação expressa, deveriam ser organizadas em um compêndio próprio a ser estruturado pelo docente em conjunto com o titular de direito pátrio¹⁴⁵.

Ao mesmo tempo era proibido pelos Estatutos que qualquer docente ensinasse o direito romano se utilizando das escolas jurisprudenciais de Irnério, Acúrsio ou Bártolo. A Escola Cujaciana foi eleita como a escola jurisprudencial a ser seguida por todos os professores, a única que julgava refletir a verdadeira inteligência das leis¹⁴⁶.

No primeiro ano do curso era fundamental que aos universitários fosse ensinado os princípios do direito natural, pois este era considerado o grande guia para a

dos povos, as idiossincrasias políticas, económicas e sociais que, por influenciarem a sua vida, alteraram, ou podem alterar, a constituição política e o sistema jurídico de uma sociedade”.

¹⁴² MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. In: **Boletim da faculdade de Direito**. Vol 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958. p. 198 (pp. 187-214) “Assim, tanto no tocante ao direito romano como ao direito canónico – os dois ensinamentos tradicionais –, propuseram-se os reformadores alterar por completo o *mos docendi*, banindo a orientação escolástica ou bartolista e contrapondo-lhe o método histórico-crítico. Mas, ao mesmo tempo, subordinava-se o ensino do direito romano às necessidades do foro português, de harmonia com a lei da Boa Razão, e preconizava-se francamente o «uso moderno» das leis romanas.”

“Finalmente recomendava-se que o professor tivesse sempre diante dos olhos o direito natural, porque este e a história são «os dois grandes subsídios que devem acompanhar perpétuamente o sólido estudo da jurisprudência romana”.

¹⁴³ COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 110-111.

¹⁴⁴ MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. in: **Boletim da faculdade de Direito**. Vol 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958. p. 203. (pp. 187-214); JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 182 e 273-277. (L. 2 tit. III cap. X §31 e L.2 tit V cap. III §§8-15)

¹⁴⁵ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 295 e 316. (L. 2 tit. V cap. III §46 e L. 2 tit. VI cap. III §§30-31)

¹⁴⁶ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 69-73. (L. 2 tit. III cap. I §§7-14)

legislação civil, esta que, ao seu passo, deveria refletir aquilo que dizia a lei natural e objetivava especificar, ampliar ou declarar as suas ideias para os casos particulares¹⁴⁷.

Apesar do esforço, a reforma dos estatutos acrescentou tão somente uma cadeira de direito nacional à Faculdade de Leis e Cânones, o direito romano seguia ocupando a maior carga, situação que somente será alterada pelo Alvará de 16 de janeiro de 1805¹⁴⁸, o qual acrescentará duas cadeiras de direito pátrio ao programa, a serem estudadas no terceiro e quarto ano letivos, utilizando como referência a obra de Mello Freire¹⁴⁹.

Os Estatutos foram publicados em 1773 em três volumes, o primeiro tratava do curso de Teologia, o segundo das Faculdades de Cânones e de Leis e o terceiro das Ciências Naturais e Filosóficas.

Os Estatutos afirmavam que grande parte do direito constante do Digesto se encontrava obsoleto e que os estudos da jurisprudência teórica deveriam ser voltados para a prática, estabelecendo que os professores do direito civil não deveriam desperdiçar seu tempo com o direito antiquado¹⁵⁰.

Era estabelecido que o educador tivesse de analisar diligentemente cada um dos artigos do Digesto e primeiramente confrontar seus conteúdos com os demais diplomas do *Corpus Iuris Civilis* a fim de verificar se se encontravam abrogados por estes. Após, teriam de averiguar se havia correspondência com o direito que tinha aplicação no foro jurídico; por fim, que tivessem de ponderar sobre as razões de existir de cada sentença daquele direito e buscando nos espíritos delas se eram possíveis de serem aplicadas conforme o direito vigente¹⁵¹.

As lições de direito civil pátrio receberam especial atenção a partir do L. 2 tit. VI cap.1, que determinavam que as lições deveriam ser ministradas em separado daquelas de direito romano e por docentes distintos. Os conteúdos seriam a história do

¹⁴⁷ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, pp. 85-87. (L. 2 tit. III cap. II §§5-11)

¹⁴⁸ Disponível em <http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p325>. Acessado em 06 ago 2020.

¹⁴⁹ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 10; ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: 1841, p. 233-234.

¹⁵⁰ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 260. (L. 2 tit. V cap. II §1)

¹⁵¹ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 260-261. (L. 2 tit. 5 cap. II §§1-4). Os critérios para esta interpretação são expostos no L. 2 tit. 5 cap. 2 §§13-19, ou páginas 264-268, entretanto os critérios são semelhantes aos da Lei da Boa Razão.

direito pátrio, as Ordenações Filipinas, leis extravagantes e os usos e costumes portugueses¹⁵².

Os excertos voltados a instruir os docentes no ensino conforme a reforma exibem de forma cristalina “um programa ideológico”¹⁵³ e durante a progressão do curso o docente deveria examinar o direito pátrio novíssimo¹⁵⁴ para fazer seu confronto com aquilo que foi ensinado e formular um juízo confirmativo, declarativo, supletivo ou corretivo daquilo disposto nas Ordenações Filipinas, por ser esta a “Fonte Authentica das Leis”¹⁵⁵.

Se, por um lado, no modelo dos estatutos antigos o estudo do direito nacional era formalmente ignorado, o sistema dos novos estatutos opera um choque que condensa o estudo dos vários ramos e fontes do direito a serem conforme à lei, ou simplesmente a lei. Esta era representada pelo texto legal do direito *novíssimo*, a fim de compreender seu espírito e aplicá-lo congruentemente¹⁵⁶.

Verifica-se mais uma vez a reiterada preocupação com o uso pragmático que o direito ensinado na universidade deveria assumir, pois em todos os anos do curso precisava o professor atentar em transmitir aos discentes sobre a vigência das soluções jurídicas apresentadas pelos textos estudados e compará-las com aquelas utilizadas no foro¹⁵⁷.

No capítulo IV do título VI do livro II os *Estatutos* passam a expor sobre a *Instrução, e Exercícios da Prática do Direito*, no qual estabelecem que os juristas têm de sair das aulas conhecendo as regras da *Jurisprudência Prática*, reservando um parte

¹⁵² JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 297-299. (L. 2 tit. VI cap. I §§1-5)

¹⁵³ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820) Lisboa: [s.n.], 1998, p. 463.

¹⁵⁴ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 279-280. (L. 2 tit. V cap. III §§21) “21. Distinguirão os mefmos Profeffores o *Direito Antigo*, do *Novo*, e do *Novissimo*; as Leis, que eſtam em observância, das que fe acham já antiquadas, e abolidas: Declarando, fe tem fido abrogadas por Lei, ou por foſtume; quaes são as Leis, e coſtumes, que as tem revogado[...]

¹⁵⁵ FREITAS, Pedro Caridade de. **Um testemunho na transição para o século XIX**: Ricardo Raimundo Nogueira. Coimbra: Almedina, 2005, p. 117; JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 304-307. (L. 2 tit. VI cap. III §§1-8)

¹⁵⁶ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820) Lisboa: [s.n.], 1998, p. 465.

¹⁵⁷ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 293. (L. 2 tit. V cap. III §§42) “42. Não fe defcuidarão de ensinar também o *Ufo Pragmatico*, e *Forenſe* dos Direitos, e Leis, que explicarem. Apontarão as advertências, e as infrucções, que puderem conduzir para o bom ufo delas na Prática. E onde for conveniente, indicarão também as *Cautelas*, e as *Formulas* neceffarias, e darão algumas noções da *Jurifprudencia Eurematica*, e *Formularia*[...].

do tempo letivo para este assunto, tendo em consideração as diversas profissões jurídicas, o professor, intérprete, advogado, juiz, relator e conselheiro¹⁵⁸.

Esta ordem introduz aos titulares a necessidade de ensinar sobre o processo judicial, competências e instâncias dos juízos, os diferentes procedimentos cíveis, os requerimentos, petições, libelos, exceções, contestações, reconvenções, sentenças e recursos. Ademais, deveria lecionar a respeito da prática extrajudicial, contratos, testamentos, codicilos e outros instrumentos jurídicos¹⁵⁹.

Entretanto, estas reformas não surtiram efeito suficiente esperado, tanto na universidade quanto no pensamento jurídico, ficando a academia ainda apática perante as novas ideias, alcançando melhores resultados apenas nas proximidades da década de 1820 com o estabelecimento do liberalismo¹⁶⁰.

A primeira mudança se deu com a reforma operada por Passos Manuel com o Decreto de 5 de dezembro de 1836, sendo extintas as Faculdades de Leis e Cânones e criada a Faculdade de Direito de Coimbra¹⁶¹.

Em 1836 a universidade enfrentou uma nova reforma significativa no ensino, com planos apresentados por José Alexandre de Campos, às ordens de Passos Manuel. As cadeiras do curso deram maior valor ao direito nacional, reduzindo o conteúdo do direito canónico e do direito romano a somente uma cadeira cada um¹⁶². Ainda houve uma reforma em 1844, que vigorou com pequenas alterações até 1853, com o direito civil sendo um curso bienal no terceiro e quarto ano¹⁶³.

Acerca do método compendiário, foi regra durante o período analisado, conforme a Portaria do Governo de 12 de janeiro de 1837 e o Decreto de 20 de setembro de 1844. Decidiu-se a princípio, como não existiam compêndios nacionais, utilizar-se, a título provisório, obras estrangeiras em latim e francês, entretanto, até 1839 o único compêndio de direito português era as *Instituições* de Mello Freire, sendo que

¹⁵⁸ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 331-332. (L. 2 tit. VI cap. IV §§1-5)

¹⁵⁹ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773, p. 333. (L. 2 tit. VI cap. IV §§8-11)

¹⁶⁰ FREITAS, Pedro Caridade de. **Um testemunho na transição para o século XIX**: Ricardo Raimundo Nogueira. Coimbra: Almedina, 2005, p. 119.

¹⁶¹ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 102. (pp. 99 a 181).

¹⁶² MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 103-104, onde consta a organização das cadeiras em todos os anos do curso. (pp. 99 a 181).

¹⁶³ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 108-109, onde consta a organização das cadeiras em todos os anos do curso. (pp. 99 a 181).

mais à frente surgiram outros compêndios nacionais, os três primeiros foram o de Vicente Ferrer Neto Paiva¹⁶⁴, Adrião Forjaz¹⁶⁵ e Coelho da Rocha^{166/167}.

Os juristas e teóricos monarquistas concorriam ao projeto doutrinário axiológico de separação do processo de criação do direito e o da interpretação, fazendo com que o soberano ficasse responsável pelo primeiro e os juristas pelo segundo. Desta maneira a razão toma controle metodológico dos textos legais e consegue construí-los de maneira objetiva, perseguindo o ideal de excluir toda a subjetividade doutrinária¹⁶⁸.

Como afirmam Almeida Costa e Figueiredo Marcos, não se pode negar que o esforço exercido pela reforma dos estudos jurídicos foi bem-sucedido e deu à universidade um sistema renovado e moderno, condizente com os demais países europeus, apesar da maneira violenta e intrusiva como o concretizou¹⁶⁹.

2.3. *Usus modernus pandectarum*

É importante ressaltar que gerações mais novas de juristas muitas vezes passam ignorantes ao fato de que o direito romano teve grande aplicação, de forma direta ou indireta, em quase todo o mundo ocidental até o século XIX. Afinal, o direito codificado apenas substitui o *ius commune* em oitocentos, é impulsionado pelo pensamento iluminista do século XVIII e encontra sua maior aplicação no século seguinte¹⁷⁰.

Similarmente, o sistema romano apresenta uma espécie de codificação, ou compilação de textos jurídicos, que é o *Corpus Iuris Civilis*, editada por Justiniano no século VI, a qual é composta pelo Digesto, pelo *Codex*, pelas *Novellae* e pelas *Institutiones* de Justiniano¹⁷¹. O *Corpus Iuris* eternizou, portanto, o direito romano,

¹⁶⁴ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de direito natural ou de philosophia de direito**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.

¹⁶⁵ SAMPAIO, Adrião Pereira Forjaz de. **Elementos de economia politica e estadística**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845.

¹⁶⁶ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852.

¹⁶⁷ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 124 e 125 (pp. 99 a 181); COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 119.

¹⁶⁸ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)**. Lisboa: [s.n.], 1998, p. 461.

¹⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui de Figueiredo. Reforma pombalina dos estudos jurídicos. In: **O Marquês de Pombal e a Universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000, p. 124-125.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 1979, p. 67.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 1979, p. 23.

possibilitando a transmissão de séculos de construções jurisprudenciais e legislativas para o restante da Humanidade.

Apesar de um período de absentismo, o texto do *Corpus Iuris* é redescoberto e difundido especialmente pela Escola de Bolonha, fenômeno denominado de “recepção do direito romano”¹⁷². A partir daí será objeto de estudo de todos os juristas da idade média e até o século XIX¹⁷³.

A descoberta do *Corpus Iuris Civilis* automaticamente lhe conferiu um status de texto quase sagrado e com isto a dogmática jurídica é conduzida largamente pela sua *interpretatio*, trata-se de uma ciência do direito, de acordo com Reis Marques, muito mais receptiva do que criativa. Em oposição, mais à frente, a interpretação verá o seu prestígio dilapidado quando da nova visão científica, pois não era necessário interpretação frente às evidências observáveis¹⁷⁴.

A utilização do direito romano, de acordo com a classificação de Mário Reis Marques, pode ser observada em três períodos: o primeiro deles é visível entre os séculos XII e XIII, e verifica-se a autoridade do direito romano, que subordina as demais fontes coexistentes, garantindo-lhes ou não validade de acordo com sua concordância¹⁷⁵; numa segunda fase existe o recuo do *utrumque ius* devido ao crescimento dos direitos regionais, ainda que exercendo atividade suplementar mantém posição preponderante e existe como verdadeiro elemento de fundação para o sistema e o abastece com princípios basilares; por fim, durante os séculos XVI e XVIII é possível testemunhar seu declínio enquanto remanesce como “reserva estratégica do direito principesco”, que é acessado de forma acessória caso haja omissão do direito comum particular¹⁷⁶.

Pelas idades média e moderna até o final de setecentos tem-se duas espécies de direito, o natural e o positivo, e entre ambas existe certa gradação, no sentido que o

¹⁷² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3.^a ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1996, p. 210 ss; MARQUES, Mário Reis. **História do direito português medieval e moderno**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 17 ss. Mais a respeito da recepção do direito romano.

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 24.

¹⁷⁴ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 482.

¹⁷⁵ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 37. O Direito Romano permaneceu mais ou menos vivo na Europa Ocidental, não obstante a queda do Império Romano do Ocidente, do qual derivaram os diversos reinos ocupados pelos povos bárbaros, que apartaram o Direito Roman da sua autoridade compulsória e o colocaram para conviver num ‘mosaico de direitos’.

¹⁷⁶ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 27.

direito natural se posiciona acima do direito positivo, sendo para este um modelo corretivo¹⁷⁷, uma filosofia. Portanto, o direito positivo deve refletir o natural como uma contraparte filosófica que o guia ao mesmo tempo que lhe serve de baliza, resultando que o direito positivo será tanto mais correto quanto for semelhante aos princípios de direito natural¹⁷⁸.

Estudar-se-á o ponto no qual existe certo câmbio nesta relação entre os dois, no qual um deixa de ser direito, ficando somente o positivo considerado verdadeiramente como direito, que se dará através do crescimento do positivismo jurídico, que é “[...]quella dotrina secondo cui non esiste altro diritto se non quello positivo”¹⁷⁹.

Como salienta Braga da Cruz, o jusnaturalismo e o uso moderno são a expressão jurídica do iluminismo e, antes de serem estimuladores de reformas, preparam e aproximam as ideias jurídicas para a existência de um direito subsidiário¹⁸⁰, o que cria, conseqüentemente, um “direito primário”.

Assim como sua sociedade, o direito medieval era pluralista, nomeadamente com suas fontes, e neste sistema o direito não era um produto do Estado, do soberano, mas sim da sociedade civil, de onde o direito extraía seus princípios de aplicabilidade a partir dos fenômenos sociais. Esta dinâmica se altera com o processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado Moderno, que não se contenta mais em concorrer para a produção jurídica, mas toma para si sua exclusiva criação e aplicação com o instrumento da lei¹⁸¹.

No direito moderno, o Juiz é parte do Estado, detém um dos poderes estatais e aplica o direito proveniente do processo legislativo no seio estatal. O direito já não mais é tão plural, passa a ser cada vez mais próximo do monismo, portanto apenas o direito positivo é o direito verdadeiro, pois é o posto e aprovado pelo Estado, o único que apresenta aplicação em Tribunal¹⁸².

¹⁷⁷ MARQUES, Mário Reis. Do ‘Direito Natural’ à ‘Filosofia do Direito’: José Dias Ferreira. in: **Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado**. Vols. nº 3-4. Amadora: António Braz Teixeira, 1987, p. 39 (38-55) Acrescenta que “se trata de uma grelha de valores sob forma axiomática que serve de referente correctivo do ordenamento positivo”.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 17.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 19.

¹⁸⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 282.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 19.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 22.

A Lei torna-se principal instrumento da produção jurídica e deriva de uma operação essencialmente racional, livre de qualquer elemento subjetivo, com efeito de homogeneizador, o que combate as predisposições pluridirecionais do *ius commune*, com suas raízes jurídico-contextuais estruturadas em privilégios e costumes pensados de forma casuística e o faz ao trazer ao ordenamento os princípios de estabilidade, certeza, credibilidade e de adaptabilidade às novas condições de vida¹⁸³.

Com o avanço do positivismo jurídico, avança-se para o direito codificado, para a supremacia do direito escrito, e isto se opõe ao que se pode chamar de sistema do direito comum (*ius commune*)¹⁸⁴. Um dos pontos de maior divergência se verifica nas fontes de que se valem, o direito do *ancién regime* é “constituído por um edifício imponente de materiais dispersos, incertos e frequentemente contraditórios”¹⁸⁵, enquanto o direito codificado elege a lei como principal fonte do direito e as demais atuam como subsidiárias.

O desenvolvimento das escolas de direito natural e do positivismo legalista provoca no direito romano um induzido e rápido declínio, negando seu valor histórico, restando-lhe uma autoridade condicionada à sua conexão com o direito natural. Para os juristas aconteceu um fenômeno de ressignificação do direito romano. Enquanto os glosadores utilizavam este direito de forma contemporânea, os comentadores o utilizavam à medida que era adaptado às suas realidades, os jusracionalistas o interpretam como princípios como reduto de princípios que espelhavam o direito natural, cuja estrutura será aproveitada para construção estratégica para o novo sistema¹⁸⁶.

O uso moderno não deve ser entendido como um movimento que traz novos valores e princípios ao direito, mas sim como um que ressignifica as normas jurídicas e o papel dos juristas, trazendo ao mundo jurídico uma visão científica¹⁸⁷.

¹⁸³ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 13-14.

¹⁸⁴ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 5.

¹⁸⁵ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 13.

¹⁸⁶ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 466-467.

¹⁸⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 250.

Como se pode ver, o prestígio das fontes romanas cai e vê-se a crise de autoridade do direito romano, que destituído do seu valor intrínseco se vê cada vez mais esquecido.

Com isto, acredita-se formadas as bases para o estudo à frente, seguindo a recomendação de Wieacker, segundo a qual ao se estudar instituições de direito privado na época moderna, deve-se estudar a maneira como foram tratadas dentro da teoria do *usus modernus*¹⁸⁸.

A respeito do direito subsidiário anterior à Lei da Boa Razão pode-se ver que as Ordenações Afonsinas previam no L. 2, T. 9 que na ausência de lei do reino, costume ou estilo da corte deveria se recorrer ao direito romano ou canônico, caso ainda não se encontrasse solução mandava-se seguir as glosas de Acúrsio e após os comentários de Bártolo, recorrendo em última hipótese ao príncipe, cujo julgamento serviria de regra a partir de então para os casos análogos¹⁸⁹.

2.4. Jusracionalismo e outras influências

Segundo as concepções políticas assumidas, o Estado de fato se constrói sobre bases do direito natural e opera legitimamente de acordo com o Contrato Social, nesta sistemática o homem conserva sempre a título de direitos individuais certos direitos fundamentais e naturais¹⁹⁰.

Neste sentido, a relação entre o direito natural e o direito civil se manifesta mais particularmente no caso das lacunas das leis. Diante do fato de que juristas do século XVIII admitiam a presença de lacunas no direito, ou seja, quando não houvesse solução prevista em quaisquer leis para o caso concreto, o juiz responsável deveria neste caso aplicar os princípios do direito natural. Deduz-se disto que a relação entre o direito positivo e o direito natural é uma na qual o positivo cobre, ou submerge o natural, salientando-se que essa submersão não é completa, deixando ainda picos do direito natural acima do direito positivo¹⁹¹.

Como elucidada o mestre Hespanha:

¹⁸⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 226-227.

¹⁸⁹ MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 103.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 39

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 39

O direito positivo há-de corresponder ao modo de realizar a mais perfeita combinatória dos direitos (faculdades) naturais dos indivíduos. Não criará direitos, nem os extinguirá; apenas regulará a utilização daqueles concedidos por uma ordem que lhe é anterior (a ordem natural)¹⁹².

Esta correlação entre o direito positivo e direito natural mostrar-se-á presente no direito até o período da codificação, e ainda estará após a codificação em alguns ordenamentos¹⁹³.

Na opinião de Bobbio, dentro do quadro jusfilosófico, a abertura para o crescimento do positivismo jurídico foi a crítica severa que autores apresentaram ao direito natural, portanto é a Escola Histórica quem vai resolver essa disputa entre direito positivo e natural e abrir o espaço para o crescimento do direito positivo, em primeiro lugar¹⁹⁴.

E que isto ocorreu primeiramente com a obra de Gustavo Hugo intitulada *Leherbuch des Naturrechts aks einer Philosophie des positiven Rechtss*. Este é o primeiro autor a teorizar o direito natural não como um sistema concorrente ao direito positivo, mas sim como filosofia do direito positivo¹⁹⁵.

O projeto de codificação tem suas origens especialmente no sistema francês, que sustentou a ideia de um legislador universal, vale dizer, aquele que pensa a lei para ter validade a todo o tempo e lugar, ao mesmo tempo que produz um direito simples e unitário.

Deveria ser simples para garantir que todos os homens pudessem acessá-lo, compreendê-lo e por ele serem garantidos, desta forma prestando ao ideal da segurança jurídica. A unidade do direito tem como efeito afastar os privilégios, subjetivismos e costume locais, elementos do Antigo Regime¹⁹⁶.

Dentro da “selva” que compunha o direito do Antigo Regime, o pensamento iluminista o considerava um direito fenomênico, casual, e por isto, sustentava a necessidade de um direito fundado na natureza cognoscível pela razão humana. Desta

¹⁹² HESPANHA, António Manuel. **Prática social, ideologia e Direito nos séculos XVII a XIX**. Separata de: Vértice, 340 a 342 (1972). Coimbra: Atlântida, 1972, p. 30.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 41. O autor cita ainda o código civil austríaco, cujo artigo 7.º estabelecia que no caso de lacunas das leis o juiz deveria decidir segundo os princípios do direito natural.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 43.

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 44.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 69.

forma, amparado por princípios universais, intemporais e naturais, é que se construiria um direito verdadeiro, simples e unitário¹⁹⁷.

Neste sentido se pode dizer:

Esiste una legge superiore a tutte le altre, una legge eterna, inalterabile, propria a tutti i popoli, conveniente a tutti i cilimi: la legge di natura. Ecco il codice delle nazioni, chi i secoli non hanno potuto alterare, né i commentatori sfigurare. É lui solo che bisogna consultare¹⁹⁸.

O projeto definitivo do *Code Civil* acaba por abandonar a matriz jusnaturalística e representa, de fato, uma expressão moderada que condensa e sintetiza a tradição jurídica do direito comum francês, extraíndo tais bases do Tratado de Direito Civil de Robert-Joseph Pothier¹⁹⁹.

A má interpretação de que o Código Napelônico foi uma revolução jurídica responsável por assinalar uma ruptura profunda no pensamento jurídico é resultado daquilo que será produzido pelos primeiros comentadores do Código que, ao invés dos seus redatores, que interpretarão o texto do diploma e extrairão princípios por si próprios, v.g. a onipotência do legislador²⁰⁰.

O artigo 4.º do Código Civil Francês de 1804²⁰¹ é dos mais comentados e trabalhados pela Escola da Exegese, tendo em conta que introduz a inafastabilidade da justiça, vinculando o juiz a decidir sempre qualquer caso que lhe é trazido à atenção. Portanto, se o juiz é obrigado a sempre decidir e é o código quem traz as regras da interpretação e aplicação do direito, isto faz emanar outro princípio, que é a completude do ordenamento jurídico²⁰².

É previsto que o juiz apenas pode deixar de aplicar a lei em três hipóteses: (i) obscuridade, que exigirá a sua interpretação da disposição legal para esclarecê-la; (ii) insuficiência legal, quando não existe a perfeita subsunção do texto ao fato,

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 70.

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 75.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 79.

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 80.

²⁰¹ “Artigo 4.º Le juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”

²⁰² BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 80-81.

oportunidade qual carece o magistrado de completar, ou integrar, a lei; (iii) silêncio da lei, circunstância que demanda do julgador suprir o texto legal²⁰³.

Apesar disto, verifica-se que nas disposições relativas à interpretação, o artigo 9.º do projeto do código, estabelece o recurso à equidade, que é o retorno à lei natural, que encontra lugar no silêncio da lei positiva.

Portanto, é importante notar que os dois artigos (4.º e 9.º) devem ser analisados em conjunto, para que fique claro que os redatores do código estabelecem a inafastabilidade da justiça, mas providenciam ao julgador as regras a serem seguidas para a interpretação e aplicação legal. Isto para se evitar a visão unilateral propagada pela teoria juspositivista (que de certa forma ainda se acredita até a contemporaneidade) de que o artigo 4.º é uma evidência de que para o legislador a lei compreende todos os elementos necessários para resolver todos os casos²⁰⁴.

A Escola da Exegese²⁰⁵ surgirá a partir dos trabalhos de interpretação do artigo 4.º do *Code Civil*, considerando que o Código teve como produto a ruína do direito que o precedeu e ao mesmo tempo continha todas as soluções jurídicas para os casos futuros, que seriam subtraídas do texto legal ou da intenção do legislador²⁰⁶.

Bobbio elabora uma lista com cinco pontos que considera as causas para a origem da Escola da Exegese. A primeira delas é a própria codificação, posto que, como apontado por Eugen Ehrlich em *Die Juristische Logik*²⁰⁷, os juristas procuram sempre a via mais simples e mais breve para resolver as lides e, portanto, ao existir um código que se pode consultar e encontrar uma objetiva a solução jurídica, estas serão preferidas em detrimento das que se encontrem em outras fontes²⁰⁸.

O segundo motivo é concernente à mentalidade dos juristas do período, que era imbuída do princípio da autoridade, portanto, o argumento fundamental a dominar o

²⁰³ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 81.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 85.

²⁰⁵ Neste estudo não há razões ou espaço para adentrar no tema da Escola da Exegese, contudo recomenda-se para fins de aprofundamento NEVES, António Castanheira. Escola da Exegese. **DIGESTA**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2 (reimpr.). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 181 ss; BONNECASE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris: Boccard, 1924, p. 126 ss.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 85.

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 86.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 86.

pensamento de legitimidade é a vontade do legislador como representante da autoridade soberana do Estado²⁰⁹.

A respeito deste ponto é importante comentar acerca da evolução do princípio da autoridade, isto porque durante o Antigo Regime a autoridade das fontes do direito repousava na autoridade do texto (*Corpus Iuris Civilis*) e do seu comentador, vale dizer, a *auctoritas* que ele gozava entre seus pares, em contraste, após o fim do Antigo Regime o princípio da autoridade deriva da vontade do legislador.

Portanto, neste contexto, o *ius commune* perde a sua validade intrínseca garantida pela força da tradição e isto cambia em favor do Estado, que toma a posição de soberano e não somente o principal, mas o único que detém a legitimidade da criação do Direito, sobrepondo o seu monopólio jurídico à lógica da tradição da jurisprudência romanística²¹⁰.

O novo pensamento jurídico clama pela racionalização do sistema²¹¹, distanciando-se da mundivivência teológica e exime a ciência do direito da vinculação ao princípio da autoridade sustentado pela tradição e o dirige para conceber princípios exteriores às fontes clássicas. Após a queda do Antigo Regime, os usos, a praxe judicial e as *opiniones* gradualmente são abandonadas e concentra-se cada vez mais na teoria centralizando o seu objeto na lei²¹².

Desta maneira, o jusracionalismo apresenta uma rigidez nos princípios que não se demonstrava no período do jusnaturalismo ético-religioso, a nova ciência tem como característica ser, como aponta Mário Reis Marques, muito mais construtiva do que receptiva e por isso a *interpretatio* perde o protagonismo assumido anteriormente, já que após a recepção do direito romano justinianeu, era a interpretação responsável pela atividade do jurista, e na nova concepção científica, objetiva, simples e clara, o que se pretende propagar é a falsa ideia de que aquilo que é evidenciado não carece de interpretação²¹³.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **II positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 86-87.

²¹⁰ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 457.

²¹¹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 471. Importante destacar que esta racionalização se operou de maneira diferente no norte da Europa e em Portugal, neste não houve a secularização do Direito, houve sim uma adequação entre política, moral e religião.

²¹² MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 465.

²¹³ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 482.

O terceiro motivo para o surgimento da Escola da Exegese é a doutrina da separação dos poderes, posto que define a estrutura do Estado moderno e soberano. Isto se verifica pois deixa de ser função do juiz a criação do Direito, sob pena de invasão do poder garantido ao Legislativo, o julgador apenas aplica o Direito, sob a máxima de Montesquieu sobre o juiz boca da lei²¹⁴.

O quarto ponto provém da valorização do princípio da certeza jurídica, qual dita que o Direito deve prover a certeza aos cidadãos de que seus comportamentos terão necessariamente alguma consequência antecipável e previsível dentro do texto legal. Tal exigência faz com que seja abandonada a liberdade criativa da interpretação das fontes para limitar-se à aplicação do fragmento legal através de um procedimento lógico ao caso concreto²¹⁵.

Alguns autores associam este princípio como central nesta nova fase do direito, muitas vezes dizendo que a codificação é um passo à frente no desenvolvimento da ciência jurídica, que a introdução da segurança jurídica ao direito garante ao sistema uma consistência objetiva e igualitária e que é tarefa dos juristas tanto dentro da doutrina quanto da jurisprudência a incorporação da tradição jurídica pretérita, absorvendo aquilo que se adequa ao direito contemporâneo²¹⁶.

Por fim, a Escola da Exegese surge por motivos políticos, com a reorganização do ensino superior do direito em França, abandona-se o ensino da teoria geral do direito e das suas concepções jusnaturalistas, ensinando-se somente o direito positivo²¹⁷.

É neste período que o ensino jurídico é o próprio código ou é a respeito dele, e símbolo disto é a frase normalmente atribuída a Bugnet “Je ne connais pas le Droit civil, j’enseigne le Code Napoléon”²¹⁸. A veracidade desta frase é questionável, entretanto, ela reflete muito bem a doutrina e o método da Escola da Exegese²¹⁹.

O pensamento jurídico medieval estava bem estabelecido nas construções jurídicas, mas é definitivamente suplantado pelo direito dos príncipes na Era Moderna. O pluralismo das fontes medievais é vista como um atraso marcado por regionalismos e

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 86-87

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 88.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 89.

²¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 90.

²¹⁸ BONNECASE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris: Boccard, 1924, p. 29-30.

²¹⁹ BONNECASE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris: Boccard, 1924, p. 30.

particularismos incompatíveis com as visões de igualdade e fraternidade. Ademais, as bases de fontes como a opinião comum que eram formadas pela *probabilitas* são inaceitáveis quando de frente com as ideias de clareza, objetividade, simplicidade, sistematização e sintetização típicas dos compêndios da época²²⁰.

²²⁰ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 442-443.

3. O PERÍODO LIBERAL-INDIVIDUALISTA

3.1. A Revolução do Porto

Portugal do início do século XIX estava sob o modelo de governo monárquico pela família Bragança, portanto a figura do Rei ainda detinha controle absoluto sobre os demais Poderes, podendo outorgar leis, cassar decisões judiciais etc. Tendo isto em vista, as únicas limitações ao poder régio eram no sentido de proibir a mudança da forma de governo e a sucessão ao trono²²¹.

Com a invasão francesa a Portugal a família real portuguesa foi forçada a transferir-se ao Brasil no ano de 1807, tendo chegado em 1808²²². As guerras napoleônicas acabaram em junho de 1815 e o Brasil foi declarado parte do Reino Unido de Portugal e Algarves, perdendo, portanto, o caráter de colônia. Tal medida foi necessária tendo em vista a resistência de alguns países em reconhecer a legitimidade do rei estando na colônia ultramarina.

A decisão causou grande descontentamento em setores da sociedade ao mesmo tempo que gerou repercussões políticas negativas para a família real, o que resultou na disseminação da ideia de que a transferência da corte foi uma evasão, causando uma grande insatisfação aos portugueses, que demandavam o retorno da família real a território português.

A ausência do rei injustificadamente e o estado da nação àquele momento, marcado por grande dificuldade econômica, declínio em diversas áreas produtivas, a dura competição com a produção industrial britânica, a perda dos mercados coloniais, desemprego e miséria ao mesmo tempo que grandes somas de dinheiro eram enviadas à família real no Brasil e a presença militar britânica evidenciavam as rachaduras no sistema do Antigo Regime, criando o estado de ebulição propício para o desenvolvimento da revolução que estava por irromper²²³.

²²¹ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 12.

²²² ARAÚJO, Ana Cristina Bartolomeu de. As invasões francesas e a afirmação das ideias liberais. In: **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, pp. 26-27.

²²³ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 13; VARGUES, Isabel Nobre. O processo de formação do primeiro movimento liberal: a revolução de 1820. In: **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, p. 42; VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016, p. 334-336; MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: da revolução à constituição, 1820-1822**. Lisboa: Porto Editora, 2020, p. 13; MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: os 40 dias que mudaram Portugal**. Lisboa: Porto Editora, 2020, p. 16. Para uma leitura mais aprofundada, recomenda-se esta última obra, onde se pode ver o avanço da revolução a partir de cada um dos dias.

A opinião pública amplamente influenciada por jornais portugueses já nutria a ideia de estabelecer uma Constituição tanto para Portugal quanto para o Brasil²²⁴, construindo o pensamento constitucionalista típico do espírito codificador.

Portanto, no dia 24 de agosto de 1820 a revolução atingiu seu clímax e foi instituída uma junta provisória de governo, ganhando o nome de Revolução de 1820, ou Regeneração de 1820, isto porque o uso do termo «revolucionário» comporta certa discussão dentro dos autores e até por parte dos próprios participantes do movimento de 1820²²⁵.

Após a revolução, as cortes vintistas²²⁶ já discutiam a redação do texto constitucional, decidindo a respeito dos três Poderes, dos poderes do rei, modelo legislativo etc. Ademais, com o retorno do rei D. João VI em julho de 1821-, inicia-se o período da monarquia constitucional²²⁷.

A revolução do Porto marca, para Portugal, uma clivagem entre o antigo modelo social e econômico para um mais voltado ao sistema capitalista, industrial e burguês e sob o modelo de um governo representativo, com separação de poderes e liberdades fundamentais²²⁸. Toda essa tradição liberal e burguesa parte de princípios e ideias característicos da ponte entre século XVIII e XIX, alterando a história das ideias políticas dentro do país²²⁹.

Apesar do influxo da industrialização, Portugal ainda se apresenta, aos meados do século XIX, predominantemente agrário e distante de ser um competidor econômico

²²⁴ VARGUES, Isabel Nobre. O processo de formação do primeiro movimento liberal: a revolução de 1820. In: **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, p. 45.

²²⁵ SCHAEFER, Henrique; AGOSTINHO, José. **História de Portugal: desde 1820 até 1910**. Vol. 6. Porto: Editora de A. Figueirinhas, 1926, p. 4-5.

²²⁶ As Cortes tinham autoridade para apontar a regência do Reino e sua legitimidade pode ser traçada desde a Idade Média, existindo como caso mais significativo as Cortes Medievais de 1439. Todavia, as Cortes medievais elegiam uma regência nos casos de falta, menoridade ou incapacidade dos Reis, o que difere da situação da Corte de 1821, onde tomaram para si os poderes legislativos e executivos e, embora não governasse, elegia o governo e o fiscalizava. As Cortes vintistas formaram o governo provisório em Portugal na ausência do rei e estabeleceram três governos provisórios. Mais a respeito das cortes em MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: da revolução à constituição, 1820-1822**. Lisboa: Porto Editora, 2020, p. 89 ss.

²²⁷ VARGUES, Isabel Nobre. O processo de formação do primeiro movimento liberal: a revolução de 1820. In: **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, p. 55; CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 14-15.

²²⁸ MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: da revolução à constituição, 1820-1822**. Lisboa: Porto Editora, 2020, p. 22.

²²⁹ VARGUES, Isabel Nobre. O processo de formação do primeiro movimento liberal: a revolução de 1820. In: **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, p. 43.

diante das demais potências europeias. Apesar de não se verificar uma própria revolução industrial, é verificável um avanço e que opera mudanças no cenário social²³⁰.

A transição social para fora do Antigo Regime e dentro de um regime liberal foi demorada e progressiva tendo em consideração a resistência do sistema tradicional e todas as circunstâncias políticas que marcaram a primeira metade do século XIX e a sua regeneração. Neste sentido, apenas será vista uma ascensão da burguesia na segunda metade do século²³¹.

O período liberal traz consigo os fundamentos que buscavam soberania nacional, constituições escritas, representação política, divisão de poderes, direitos e liberdades individuais²³².

Para além disto:

Todo o liberalismo europeu carregou um mesmo paradoxo, logo desde a sua primeira hora. Reivindicava-se da natureza individual, mas pressupunha a educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, primeiro, que construir essa sociabilidade. Propunha um governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo, para poder, depois, governar um pouco menos. Numa palavra, propunha natureza, mas precisava dos artificios, antes da sua instalação e, depois disso, durante a sua vigência²³³.

Em outras palavras, como aponta Susana Videira, o pensamento liberal atribui ao Estado um papel ativo para a garantia daqueles direitos individuais que havia reconhecido a todos. Com isto, assiste-se uma ressignificação do Estado, que abre caminho a pensamentos paternalistas²³⁴ que proclamam ter o Estado melhor ideia do que é melhor aos indivíduos, além da criação de burocracia estatal mais volumosa²³⁵.

²³⁰ VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016, p. 346-347 e 352-353.

²³¹ VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016, p. 346-347 e 360-361 e 364.

²³² MERÊA, Paulo. **O poder real e as cortes**. Coimbra: editora Coimbra, 1923, p. 57 ss; VARGUES, Isabel Nobre. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, p. 437.

²³³ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 6.

²³⁴ ASTUTI, Guido. O absolutismo esclarecido em Itália e o Estado de polícia. **Poder e instituições na Europa do antigo regime: colectânea de textos**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 264-265. Também faz esta relação do desenvolvimento paralelo do paternalismo, que cresce à medida que se atribui ao soberano o dever de garantir o bem público e o progresso dos povos, que, por sua vez, conecta-se com o legitimismo da vontade popular.

²³⁵ VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016, p. 376-377. Neste sentido é interessante notar o raciocínio da autora de que a criação do estado liberal é, na verdade, o primeiro passo para o surgimento dos direitos sociais.

Veja-se que a codificação carece de certas premissas e condições, não é um modelo realizável num qualquer contexto político e social²³⁶, portanto este evento é um ponto essencial no desenvolvimento da pesquisa, haja vista que altera o cenário político e social de forma a fomentar o encadeamento de eventos e ideias que leva à codificação, com a superação de um sistema caracterizado pelo fracionamento legislativo, pluralidade subjetiva e de fontes em detrimento de uma aparelhagem que multiplique as normas sobre um sujeito singular²³⁷.

Uma boa explanação sobre a gênese e desenvolvimento de muitos destes fatores é feita por Barbas Homem: o jusracionalismo e os direitos naturais; o governo das leis científicas, claras e breves; o papel do estado; a separação dos poderes; o positivismo; o contratualismo; o constitucionalismo; a certeza do direito e a segurança jurídica; o liberalismo espelhado na liberdade e propriedade²³⁸.

3.2. O movimento de codificação e o pensamento jurídico

Estudar-se-á a partir de agora os efeitos que se seguiram no pensamento jurídico do fim do século XVIII no século XIX com a influência do liberal-individualismo e o movimento de codificação do direito.

O contributo do iluminismo juntamente com o direito natural é uma postura racional, o impulso pela ciência e pela lógica racional colocarão em xeque o sistema tradicional do *Ancièn Regime*, escolhendo como ferramenta para isso o instituto da lei. Em substituição aos anciãos conceitos romanos, a lei é a expressão da vontade (geral) e razão. Isto causa uma distorção no sistema que já se encontrava posto, a burguesia percebe a importância política que exerce o Direito e faz com que as suas fontes com prestígio histórico fossem questionadas e atacadas, com o objetivo de derrubar o costume e construir em seu lugar os princípios da razão através de um sistema simples, fácil, codificado e sistematizado²³⁹.

²³⁶ CARONI, Pio. **Saggi sulla storia della codificazione**. Milão: Giuffrè Editore, 1998, p. 24 e 25.

²³⁷ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 450. “A superação do fracionamento legislativo e da dispersão das fontes do direito implica uma prévia operação de nivelamento social, uma nova organização política e social que permita a redução de uma pluralidade de status subjectivos, com a consequente multiplicação de normas a um sujeito único[...]”.

²³⁸ HOMEM, António Pedro Barbas. **A lei da liberdade: Introdução histórica ao pensamento jurídico**. Épocas medieval e moderna. Vol. 1, p. 138 ss.

²³⁹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 445-446.

No *code civil* vê-se a salvaguarda da liberdade e igualdade, nos artigos 1780 e 686, respectivamente, como formas de superar e não regressar ao feudalismo enquanto considera a propriedade como o direito mais absoluto e concede vasta liberdade contratual no artigo 1134, o individualismo que ali se presencia irá disseminar pelo direito privado dos demais países e seus respectivos códigos²⁴⁰.

Esta reverência ao direito de propriedade, segundo Marques, provém de razões éticas e sociais. Neste sentido, ao comparar as obras de Bentham e Cardoso da Costa, percebe-se que é função do legislador providenciar a preservação da propriedade — na obra do primeiro a propriedade e a lei surgem simultaneamente — e o segundo sustenta que quanto mais livre e desembaraçada levaria à prosperidade não apenas nacional, mas universal, de maneira que o código civil não pode atuar como um obstáculo a esta finalidade²⁴¹.

Em Portugal, verifica-se no século XVIII a influência consistente das Escolas do Jusracionalismo e do Uso Moderno²⁴². O professor Barbas Homem irá resumir o pensamento jurídico da época a três pilares: a liberdade do cidadão; a propriedade privada sobre os bens; e autoridade da lei²⁴³.

O pensamento jurídico se vê associado ao pensamento político, que desenvolve a ideia e significação da função do Estado e sempre a trazer a noção de tripartição dos poderes. Neste cenário os três Poderes se veem tendencialmente regidos pela lei e somente pela lei, a única fonte do direito, que subordina as demais fontes e muitas das vezes transforma costumes²⁴⁴ e doutrinas em lei como método para unificá-las. Tal movimento será considerado o positivismo legalista²⁴⁵.

A doutrina contratualista provinda dos séculos anteriores culmina com a ideia de os homens entregarem a um soberano sua liberdade para receberem em contrapartida paz e segurança, enquanto o soberano efetiva isto por intermédio da lei, que não pode,

²⁴⁰ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 454-455.

²⁴¹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 651.

²⁴² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito português**. 5ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 392-393.

²⁴³ HOMEM, António Pedro Barbas. **O movimento de codificação do Direito em Portugal: aspectos gerais**. Lisboa: Editora AAFDL, 2007, p. 11.

²⁴⁴ Ainda que os textos legais se utilizassem dos costumes, o receio de ceder ao antigo regime fazia com que a terminologia utilizada fosse mascarada, utilizando-se expressões como “uso”, conforme GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 416.

²⁴⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 414-415.

portanto, escapar daquilo que foi aceito pelos contratantes como “delegado”, sob pena de ser quebrado o equilíbrio do contrato social²⁴⁶.

O início do século XIX se dá com um fenómeno bastante único, tendo em vista que os juristas acabam por se encontrar na posição de verdadeiros criadores de um novo direito através da codificação. O abandono das fontes antigas como o direito romano e as glosas faz recair sobre os jurisconsultos a responsabilidade para um direito inédito e nacional, que a seu tempo culminará nos códigos nacionais de cada estado²⁴⁷.

Há neste momento uma quebra de paradigma²⁴⁸ dentro do contexto jurídico, altera-se a legitimação do direito, o que confere uma grande liberdade criativa aos doutrinadores, e faz com que, por exemplo, o ensino do direito desse prioridade ao direito nacional formado pelos juristas portugueses, em especial as *Instituições de Direito Civil e Público* de Mello Freire²⁴⁹.

Portanto, antes da publicação do código civil, o fato de as Ordenações estarem desatualizadas e o excesso de leis esparsas dilatou o papel da doutrina como fonte do direito, sendo aplicada e moldada pela jurisprudência para de fato acomodarem-se à prática social.

De certa maneira, o excesso de legislação, como aponta Cardoso da Costa, se comportava como um obstáculo ao bom conhecimento da lei e do direito, e o autor ainda faz comparação com posturas tirânicas de imperadores romanos:

Nós costumamos fazer também uma longa classificação dos Imperadores Calígulas, que tem havido no mundo. Incluímos no *Genero* todos os que, tratando de legislar, se encaminham neste objecto, dirigido para governar a todos, de maneira, que muito poucos possuem conhecer a Legislação. Isto era o que fazia o Imperador Romano, affixando os seus Diplomas em postes muito

²⁴⁶ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 644-645.

²⁴⁷ HOMEM, António Pedro Barbas. **O movimento de codificação do Direito em Portugal: aspectos gerais**. Lisboa: Editora AAFDL, 2007, p. 42. A densidade e magnitude das obras foram tão expressivas que foi cogitado se utilizar no Brasil da obra de Correia Telles, “Digesto português ou tratado dos direitos e obrigações civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao ‘Novo Código Civil’” como código civil.

²⁴⁸ Conforme HOMEM, António Pedro Barbas. **O movimento de codificação do Direito em Portugal: aspectos gerais**. Lisboa: Editora AAFDL, 2007, p. 16, “[...] De outro lado, o formalismo da regra jurídica vem pôr em causa a teoria monárquica das fontes do direito, a qual translaticamente considerava que o rei estava acima do direito pelo que podia livremente alterar leis, dispensar as pessoas do seu cumprimento, e mesmo, como supremo juiz, revogar sentenças transitadas em julgado. Pelo contrário, para o pensamento liberal, a submissão dos governantes à lei pressupõe a impessoalidade e o formalismo da regra jurídica”.

²⁴⁹ As instituições de Mello Freire a respeito do direito público e civil podem ser encontradas nas edições nº 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170 e 171 do Boletim do Ministério da Justiça, a começar por FREIRE, Pascoal José de Mello. *Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular*. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 161, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 89-200.

altos, aonde podião chegar os olhos de muito [sic] poucos homens. Agora as Especies são diversas. Elle entra naquella dos que obrão desta sorte, para terem o gosto de castigar os que não cumprissem as Leis por elle desviadas da sua visita [sic]. Outros entrão naquella dos que legislão sem clareza, de maneira que deixão aos homens, em vez de regras, enigmas, que nem todos elles podem decifrar; e que por tanto constituem a maior parte dos cidadãos, que são, por exemplo, Portugezes, obrigada a cumprir Leis escriptas em Grego! Outros entrão naquella dos que amontoão Legislações sobre Legislações, que sorte que seja ainda mais impossivel conhece-la do que aos Romanos os Edictos de Claudio, affixados muito acima do lugar, a que podia chegar a sua vista[...]²⁵⁰

O movimento de codificação vai ser apressado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o *code civil* e a constituição francesa de 1791, a primeira constituição escrita da Europa, a qual trazia consigo a ideia de estruturação do poder legislativo e executivo, que influenciou todos os diplomas surgidos em Portugal e na Europa.

A produção de leis e sua codificação não é uma ideia moderna, foi utilizada pelos romanos²⁵¹, em especial com o Código Teodosiano e *Corpus Iuris Civilis*; posteriormente, pelos visigodos outros monumentos jurídicos, como o Breviário de Alarico, utilizados como forma de unificar e simplificar a utilização dos textos legais²⁵².

Entretanto, em cada época o propósito e a densidade da codificação cambiam, na idade moderna surgiu a ideia de que a codificação serviria para facilitar o conhecimento das leis, garantindo acesso a todos, cobertos da convicção de que a ignorância das leis tinha relação com o seu incumprimento e de que, portanto, democratizar o acesso aos textos legais significaria cessar a desobediência.²⁵³

²⁵⁰ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 113.

²⁵¹ O termo *codex* é de origem romana; *caudex* é um conjunto de várias tábuas unidas.

²⁵² COSTA, Mário Júlio de Almeida. Enquadramento histórico do Código Civil português *in*: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXXVII 1961. Separata. Coimbra: Editora Coimbra, 1961, p. 8, salienta também o fato de que essas ideias que assumem protagonismo no século XIX não são ideias inéditas, apenas assumem nova importância “Também não se ignora que todas estas ideias – se exceptuarmos o princípio da separação dos poderes e de certo modo o parlamentarismo – não eram inteiramente novas, nem como construções teóricas nem como realidades sociais. De facto, poderemos assinalar-lhes arquétipos nas doutrinas dos filósofos católicos desde S. TOMÁS aos neo-escolásticos dos séculos XVI e XVII, ou nas construções dos filósofos e juristas da chamada Escola do direito natural. Nem será demasiado recordar, no plano do direito positivo, os contratos dos colonos ingleses da América do século XVI e as constituições norte-americanas das duas centúrias imediatas; isto, se não quisermos recuar ao século XIII, à consagração puramente instintiva e realista do *Sachsenspiegel* ou dos forais do nosso direito peninsular, com a sua preocupação de garantir, por exemplo, o direito de resistência à opressão, a propriedade, o carácter inviolável ao domicílio, e de assegurar a igualdade política dos membros dos grémios concelhios, excluindo os privilegiados”.

²⁵³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 448-449.

Todavia, é importante salientar a diferença que os novos códigos apresentam em comparação às antigas Ordenações. Estas eram meras compilações de legislação, ordenadas por assuntos conexos, reunindo-os de forma a facilitar o conhecimento das leis vigentes à época de sua organização, enquanto os códigos são a expressão da razão jurídico-científica, que ao mesmo tempo que atualizam a lei também a constroem pensando na sua aplicabilidade para o futuro²⁵⁴.

Em Portugal existia desde o século XVIII a intenção para a revisão das antigas Ordenações e a produção de códigos temáticos, como a Junta do *Novo Código*, do ano de 1778, no entanto, por motivos políticos as novas codificações não tiveram conclusão desejada, daí a necessidade de um Código Civil, assim como as outras nações europeias²⁵⁵.

Como defende Bobbio, as ideias que servem como princípios ideológicos da codificação das leis são duas: a compreensão da lei como fonte do direito o transforma em ordenamento racional, que não pode ser resultado de casuísmos, mas sim de regras gerais e abstratas geradas pelo poder soberano; a lei se transforma em uma forma do homem de ativar e conscientemente modificar sua sociedade e suas estruturas, pensando na sociedade que se aspira em construir, em oposição ao direito consuetudinário, o qual é passivo e tão somente retrata a sociedade como é, sem ser um agente de mudança²⁵⁶.

Já século XIX adentro, o pensamento jurídico vive a época do individualismo e existe uma valorização dos direitos individuais e naturais, a dizer que ao nascimento o homem já possui uma gama de direitos que são inalienáveis e se o Estado deve existir, sua função é a garantia desses referidos direitos²⁵⁷. Este período será categorizado como «A democracia de proprietários» pelo professor Barbas Homem²⁵⁸.

Nas palavras do mestre Hespanha:

²⁵⁴ SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. 5ª ed. Rev. e actualizada. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 502.

²⁵⁵ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da. **O que he o Código Civil?**. Lisboa: Typographia de António Rodrigues Galhardo, 1822, p. 1. “Trataremos de ver o que as Nações da Europa tem chamado Codigos Civis, para conhecermos, que não correspondendo nenhum delles a este titulo, ou os Portuguezes hão de organizar hum, que seja original, ou não ter Codigo Civil.”

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979, p. 138.

²⁵⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5ª edição revista e actualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 431; COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da. **O que he o Código Civil?**. Lisboa: Typographia de António Rodrigues Galhardo, 1822, p. 149 “Por isso no Projecto do Codigo Civil procederemos ligados estreitissimamente ao reconhecimento, de que os Portuguezes tem direitos; que a Lei, e a Authoridade Publica tem obrigação de lhos guardar; competindo-lhe sómente a faculdade de lhos restringir naquella parte, que for indispensável para a existencia e conservação da Sociedade Civil, e para se obterem os fins sociaes”.

²⁵⁸ Conforme HOMEM, António Pedro Barbas. **O movimento de codificação do Direito em Portugal**: aspectos gerais. Lisboa: Editora AAFDL, 2007, p. 39.

O direito positivo há-de corresponder ao modo de realizar a mais perfeita combinatória dos direitos (faculdades) naturais dos indivíduos. Não criará direitos, nem os extinguirá; apenas regulará a utilização daqueles concedidos por uma ordem que lhe é anterior (a ordem natural)²⁵⁹.

Nesta esteira, o direito natural mais importante será a propriedade, pois ela é o expoente da liberdade, esta relação entre liberdade e propriedade é construída por Seabra²⁶⁰, e Teixeira de Abreu vai ainda mais longe ao dizer que sem o direito de apropriação, não existe o de existência (vida)²⁶¹.

O pensamento jurídico neste momento também convive com o positivismo jurídico da Escola da Exegese, de forma que o direito passa a se aproximar e se identificar com a lei, enquanto esta se constrói de um sistema racional, científico, organizado e sistematizado em códigos. Para esta escola, a lei é a fonte fundamental, ou única, do direito em detrimento às demais, como o costume ou a jurisprudência e, portanto, inevitavelmente, transformando o direito em um produto da criação estatal²⁶² e do poder político dominante.

A Escola da Exegese é largamente marcada pela filosofia kantiana — assim como o idealizador do Código Civil Português será — e representa o efeito de ideias surgidas no século XVIII, como a valorização da atuação estatal e do racionalismo²⁶³.

O estatismo se nota na mudança do motor do direito, que passa a ser a Lei, produzida legitimamente pelo poder legislativo, portanto no seio do Estado. O racionalismo transforma a interpretação da Lei e do direito em uma área do

²⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. **Prática social, ideologia e Direito nos séculos XVII a XIX**. Separata de: Vértice, 340 a 342 (1972). Coimbra: Atlântida, 1972, p. 30.

²⁶⁰ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 11-12 e p. 30-31.

²⁶¹ ABREU, António José Teixeira de. **Lições de Direito Civil Português**. Tomo 1. Coimbra: Editor França Amado, 1898, p. 12-13. Vai justificar no sentido de que negar a propriedade seria negar direitos da personalidade jurídica.

²⁶² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 437.

²⁶³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 516 “[...] A Escola da Exegese leva, assim, à vitória das ideias filosóficas e políticas dos grandes pensadores franceses do séc. XVIII: estatismo e racionalismo. Estatismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista. Sob a influência das ideias filosóficas de Kant na Alemanha, de Saint-Simon e, sobretudo, de Auguste Comte em França, deu-se o nome de positivismo legal ou, *Gesetzpositivismus*, às teorias da Escola da Exegese”.

conhecimento científico, com regras objetivas e específicas que regem o funcionamento do sistema jurídico²⁶⁴.

A jurisprudência e a doutrina criarão um direito novo, aplicando a base dada pelos códigos, sobretudo na segunda metade do século, e darão sua contribuição na direção de unificar o direito com as decisões proferidas pelos supremos tribunais²⁶⁵.

Em oposição a estas ideias, apresenta-se a Escola Histórica do Direito²⁶⁶, que sustentava que todas as sociedades possuíam frutos culturais que encontram lastro em sua história: manifestações artísticas; linguagem; expressões religiosas; e não seria diferente com o direito.

Portanto, o sistema jurídico seria o produto acumulado das experiências históricas particulares, marcado nomeadamente pelo costume que permeia a respectiva sociedade e dá origem ao direito vigente. Esta visão rejeita a lei como principal fonte do direito, já que este não deveria surgir do poder político, mas sim das expressões culturais de cada povo.

Utiliza-se daí a expressão do «espírito do povo» popularizada pela Escola, o qual é o fundamento da legitimidade e autenticidade para o direito e para a interpretação legal²⁶⁷, sendo Friedrich Carl von Savigny o autor mais conhecido desta Escola²⁶⁸.

²⁶⁴ MARQUES, Mário Reis. Estruturas jurídicas. In: **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso (coord.) Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998, p. 152. Complementa “[...]Ao invés de respeitar a pulverização de jurisdições e de fontes normativas, o Estado requer para si o poder exclusivo de criar o direito. A supremacia da lei deriva da onipotência do legislador; este, por sua vez, é a fonte da expressão de uma nova dimensão da justiça, da segurança, e um paradigma de racionalidade. Desta feita, tudo o que se encontra disperso é submetido a uma concentração textual em obediência a certos princípios sistemáticos (codificação)[...]A racionalização da sociedade e a sua redução a uma unidade nacional impõem uma simplificação do sistema de fontes e de processos, impõem, em suma, um corte definitivo com a sociedade corporativa, pluralista e policêntrica do Antigo Regime”.

²⁶⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 416.

²⁶⁶ Neste estudo não há razões ou espaço para adentrar no tema da Escola Histórica do Direito, contudo recomenda-se para fins de aprofundamento NEVES, António Castanheira. Escola histórica do direito. **DIGESTA**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2 (reimpr.). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 202 ss; WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 397 ss.

²⁶⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 440.

²⁶⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 515 faz a ressalva de que “Foi sobretudo na Alemanha que a Escola histórica conheceu um grande sucesso. Reagindo contra a influência francesa e sobretudo contra a ideia de codificação, juristas eminentes enfatizaram ideia de *Volkgeist* (espírito do povo); o papel do povo é, a seus olhos, predominante na formação do direito, constituindo os códigos obstáculos à sua evolução natural, que se faz sob a influência das modificações constantes da vida social própria de cada povo. Entre os numerosos representantes da *Historische Schule*, referem-se sobretudo ao direito germânico (Eichhorn, Jacob Grimm, Beseler), outros ao direito romano, tal como tinha sido recebido na Alemanha (Hugo, Savigny, Puchta). Savigny (1779-1861) publicou em 1814 o seu célebre *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sobre a tendência do nosso tempo para a legislação e a ciência do

Por fim, conforme ensina o mestre Hespánha, após o *Code Civil* — inspiração aos demais códigos elaborados nos séculos XIX e XX — traçou-se novas linhas para a composição da propriedade na história. Para o autor, a propriedade passa a ser: um direito natural; absoluto; pleno; tendencialmente perpétuo; e por fim, essencialmente privado²⁶⁹.

direito), em que combatia o trabalho de Thibaut, que tinha preconizado uma codificação do direito civil alemão.”

²⁶⁹ HESPANHA, António Manuel. O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal in: **Análise Social**. Vol. XVI (1.º-2.º), 1980 (n.º 61-62), p. 211-212.

4. CONSTITUCIONALISMO MONÁRQUICO

Nesta toada, não se pode esquecer da codificação constitucional, que traz ao direito uma série de novos axiomas e princípios a serem seguidos pela legislação infraconstitucional.

O arrolamento formal dos direitos naturais na forma de uma constituição escrita serviria como um “aviso permanente a governantes e governados de que jamais as deveriam esquecer ou violar”²⁷⁰.

Uma vez que ganha relevância o princípio da igualdade, o ideal de que todos são iguais perante a lei tem o objetivo de extinguir qualquer privilégio previsto e garantido na legislação, que é também familiar em Portugal. Faz-se a redução a escrito dos direitos e leis fundamentais num texto constitucional que visa à codificação do direito político que vai dar origem ao Estado Liberal²⁷¹.

Se no direito do Antigo Regime tem-se posições sociais que gozam de previsão legal onde se definem deveres e privilégios, como os nobres e o clero, pergunta retoricamente Mário Reis Marques como este sistema poderia se manter perante a ideia de que todos nascem iguais e dotados dos mesmos direitos? Mais, se o direito pretérito era casuístico, qual seria o resultado do choque entre o casuismo e a ideia jusracionalista de que as leis derivam da racionalidade humana, as quais ignoram o relativismo dos interesses e do circunstancialismo? O legislador deveria externar estes princípios imutáveis da razão²⁷².

4.1. Os textos constitucionais

A Revolução se concretiza em plenitude com a Constituição de 1822, em 23 de setembro de 1822 o texto final foi assinado e teve como inspiração a Constituição de Cádiz. Continha duzentos e quarenta artigos divididos em seis títulos: 1.º Dos direitos e deveres individuais dos portugueses; 2.º Da nação portuguesa e seu território, religião, governo e dinastia; 3.º Do poder legislativo ou das Cortes; 4.º Do poder executivo ou do rei; 5.º Do poder judicial; 6.º Do governo administrativo e económico²⁷³.

²⁷⁰ VIDEIRA, Susana Antas. **Para a história do direito constitucional português**: Silvestre Pinheiro Ferreira. Coimbra: Almedina, 2005, p. 268.

²⁷¹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 450-451.

²⁷² MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 476-477.

²⁷³ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 16; HESPANHA, António Manuel. **O CONSTITUCIONALISMO MONÁRQUICO PORTUGUÊS. BREVE SÍNTESE. Historia Constitucional**. Disponível em:

São estabelecidos os princípios estruturantes da soberania nacional, da representação eleitoral e independência de poderes. Elegeu como direitos fundamentais a liberdade, a segurança pessoal e a propriedade e marcou o início de um regime liberal democrata com a subordinação do poder político à constituição e à lei e a separação de poderes²⁷⁴, que as circunstâncias não deram tempo a serem postos em prática²⁷⁵.

O término da vigência da Constituição de 1822 se deu em 4 de junho de 1823 em virtude da Vila-Francada, sendo restituída em 10 de setembro de 1836, e posteriormente substituída pela Constituição de 1838²⁷⁶.

A Carta Constitucional de 1826 veio para delimitar o regime da monarquia constitucional portuguesa²⁷⁷ e apresenta um texto mais moderado em relação à Constituição de 1822²⁷⁸, no entanto, mantém-se o espírito do individualismo e liberalismo durante o século, apesar das oposições criadas por outras correntes do pensamento jurídico e político²⁷⁹.

O pensamento constitucionalista por trás dela, como salienta Hespanha, é revestido por um ímpeto realista, vale dizer, adaptado ao sistema monárquico

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027585020>. Consulta em 13 nov 2021; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 126. Canotilho acrescenta que a intenção da Constituição era formar uma base parecida com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

²⁷⁴ MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: da revolução à constituição, 1820-1822**. Lisboa: Porto Editora, 2020, p. 161 e 182-183. Outros efeitos que não podem ser ignorados foram o direito de petição aos cidadãos, a liberdade de imprensa, fim da Inquisição, extinção de certos privilégios da nobreza.

²⁷⁵ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 20; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 129.

²⁷⁶ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, 21

²⁷⁷ O fato de ser uma “carta constitucional”, que foi “outorgada” remete à ideia de supremacia da monarquia sobre a constituição e as ideias constitucionais que ela representa, conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 130.

²⁷⁸ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 27-28 “[...] Repare-se que, enquanto as Cortes de 1820 invocavam a Santíssima Trindade (talvez a procurar legitimar a sua autoridade no direito divino dos povos), não há aqui nenhuma invocação religiosa” p. 27-28.

²⁷⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual De Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 6ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 33 “Nos séculos XVIII e XIX dir-se-ia existir somente uma concepção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas – era o liberalismo (então, cumulativamente, filosófico, político, económico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas – jusnaturalista, positivista, histórica – era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual”.

contemporâneo e desligado das abstrações dos filósofos oitocentistas; os liberais pensavam em projetos para o Estado construído que tinham às mãos²⁸⁰.

A Carta Constitucional de 29 de abril de 1826 foi baseada na *Constituição Política do Imperio Do Brazil*, de 25 de março de 1824, que havia tido como inspiração a Carta Constitucional Francesa, que, por sua vez, foi influenciada pelo sistema constitucional britânico²⁸¹ e principalmente pelas ideias de Benjamin Constant²⁸².

É mantida a cidadania a todos os nascidos em território português, entretanto isto se limita ao gozo dos direitos, ao oposto que seu exercício era condicionado por outros fatores, como os direitos de participação política, os quais eram limitados consoante a renda percebida, de acordo com os artigos 65²⁸³ a 68²⁸⁴.

Os direitos civis previstos constam ao final do texto da Carta, no artigo 145.º e, como apontado por Hespánha, são *garantidos* e não *criados*²⁸⁵. O elenco traz como direitos individuais a liberdade, a segurança, a propriedade e também alguns que, mais tarde, poderiam ser classificados como direitos sociais²⁸⁶.

Importante salientar que aquela fórmula natural bradada pelos liberais de *liberdade, igualdade, fraternidade* é substituída pela liberdade, segurança e propriedade. As consequências de se insistir na igualdade seriam ainda mais profundas,

²⁸⁰ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 163 e 165.

²⁸¹ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 27.

²⁸² HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 162.

²⁸³ Artigo 65 - São excluídos de votar nas Assembleias Paroquiais:

§ 1.º - Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados e Oficiais Militares, que forem maiores de vinte e um anos, os Bacharéis formados e Clérigos de Ordens Sacras.

§ 2.º - Os Filhos famílias, que estiverem na companhia de seus Pais, salvo se servirem Ofícios públicos.

§ 3.º - Os Criados de servir, em cuja classe não entram os Guarda-Livros e primeiros Caixeiros das Casas de Comércio, os Criados da Casa Real, que não forem de galão branco, e os Administradores das Fazendas rurais e Fábricas.

§ 4.º - Os Religiosos, e quaisquer que vivam em Comunidade Clausural.

§ 5.º - Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.

²⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 209. Explica que havia requisito de 100\$00 para qualificar como eleitor e 400\$00 para ser elegível ao cargo de deputado, o que foi alterado pelo Ato Adicional de 1852.

²⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 213.

²⁸⁶ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p. 118. “Artigo 145 - A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte: [...]”

§ 29.º - A Constituição também garante os Socorros Públicos.

§ 30.º - A Instrução Primária é gratuita a todos os Cidadãos.

§ 32.º - Colégios e Universidades, onde serão ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes.”

implicariam a equidade das mulheres e minorias e a divisão de renda, dando azo à reformas de várias ordens²⁸⁷. A igualdade, quando citada, é vista como uma igualdade perante a lei, somente jurídica, distante de justificar grande subversão social²⁸⁸.

Apesar do individualismo e liberalismo característicos, que buscavam abandonar por definitivo o antigo regime e as heranças medievais²⁸⁹, remanesceram algumas disposições que se afastavam disto, como a que garantia as regalias para a nobreza hereditária²⁹⁰ ou a concernente à dívida pública.

A Carta foi outorgada por D. Pedro IV em abril de 1826 e ficou vigente até maio de 1828, depois entre 1834 e 1836 e, por fim, entre 1842 e 1910, com a implantação da República²⁹¹.

A Carta Constitucional de 1826 já determinava no artigo 145 § 17.º a necessidade da codificação civil e penal, demonstrando que as aglomerações causadas pelas Ordenações e leis esparsas anteriores não foram suficientes para dar resposta jurídica satisfatória às necessidades sociais²⁹². Tal premência será repetida no decreto de nomeação do redator do Código Civil, António Luís de Seabra, e da comissão revisora, salientando a desarmonia entre a realidade social e a lei vigente²⁹³.

Em 10 de setembro de 1836 a Constituição de 1822 volta a vigorar com a Revolução Setembrista, que convoca novamente as Cortes para adicionarem modificações ao texto original. No entanto, a sua vigência foi somente teórica, como

²⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 214.

²⁸⁸ VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016, p. 359.

²⁸⁹ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 29.

²⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, pp. 120-121. “Artigo 145 [...]

§ 22.º - Também fica garantida a Dívida Pública.

§ 31.º - Garante a Nobreza Hereditária, e suas regalias.”

²⁹¹ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 47 ainda acrescenta “a Carta, depois da sua restauração por Costa Cabral, em 10 de Fevereiro de 1842, ficou em vigor até 5 de Outubro de 1910, ou seja pelo dilatado período de 68 anos, que corresponde à consolidação e normalização do regime liberal entre nós e início do seu declínio[...]”; HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 198-199.

²⁹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. Enquadramento histórico do Código Civil português *in*: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXXVII 1961. Separata. Coimbra: Editora Coimbra, 1961, p. 14.

²⁹³ PORTUGAL. Decreto de 8 de Agosto de 1850. Disponível em: <http://legislacao.regia.parlamento.pt/V/1/76/109/p599>. Acesso em 3 ago. 2019. Consta “SENHORA! Torna-se cada dia mais urgente a necessidade de um Código Civil português. As Ordenações do Reino, Leis Extravagantes e mais Provisões, que constituem o Direito Civil português, hoje vigente, não só dificultam, pela sua multiplicidade e antinomia, o seu estudo e aplicação, mas ainda, calculadas por outras idéas, para outros costumes, e segundo os princípios de mui diversa forma de governo, estão algumas delas em desarmonia com as idéas, com os costumes e princípios políticos da actual forma de governo, e em contradicção com os preceitos da Carta Constitucional da Monarchia”.

salienta Marcello Caetano, posto que a ditadura setembrista violou seu texto quando foi necessário²⁹⁴.

A Constituição de 1838 se concluiu em 20 de março de 1838 e em seguida submetida à aprovação da Rainha D. Maria II. Foi constituída por 139 artigos subdivididos em onze títulos. Em comparação à Constituição de 1822, Marcello Caetano a considera mais moderada e o meio do caminho entre as duas constituições anteriores²⁹⁵. Canotilho a considera um “texto de perplexidade”, sendo o resultado da confusão dos discursos políticos e interesses conflituosos que lhe perpassavam na época, em especial a crise do absolutismo e o crescimento burguês²⁹⁶.

4.2. Tratamento constitucional do direito de propriedade

A fim de formar “as bases da Constituição” a se fazer, as *Cortes Geraes e Extraordinarias* publicaram em 9 de março de 1821 trinta e sete artigos que elencam os direitos individuais e a organização política do Estado. Hespanha explica que sua redação não constitui absoluta originalidade, absorvendo temas dos constitucionalismos francês, inglês e espanhol. Por outro lado, existia a preocupação de se passar a ideia de continuidade do direito e harmonizá-lo com a tradição jurídica²⁹⁷.

Prevê-se logo no artigo 1.º o dever de manutenção da liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos²⁹⁸. No artigo 7.º das bases e o 6.º da Constituição a propriedade é sacralizada e declarada inviolável, ao seu titular é também previsto o direito de dispor à vontade de seus bens. A privação deste direito é prevista tão somente por circunstância de necessidade pública e urgente, contanto que haja indenização prévia e nos termos da lei²⁹⁹.

²⁹⁴ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 39-40.

²⁹⁵ CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965, p. 41-42.

²⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 137.

²⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. O CONSTITUCIONALISMO MONÁRQUICO PORTUGUÊS. BREVE SÍNTESE. **Historia Constitucional**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027585020>. Acesso em 13 nov 2021.

²⁹⁸ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p. 23.

²⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 126; MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p. 23 e 31. “7.º A propriedade é um direito sagrado e inviolável que tem todo o Cidadão de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo a Lei. Quando por alguma circunstância de necessidade pública e urgente for preciso que um Cidadão seja privado deste direito, deve ser primeiro indemnizado pela maneira que as leis estabelecerem.”

Ao oposto da Constituição de 1822, o texto da Carta traz o rol de direitos individuais ao seu final, encontra-se no título VIII, que trata «Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses» vai prever a garantia ao direito de propriedade:

Artigo 145º - A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte:

[...]

§ 21.º - É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o Bem Público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do Cidadão, será ele previamente indemnizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização³⁰⁰.

Portanto, já a Constituição estabelece o regime da propriedade como civil e privada, elevando sua proteção ao prever uma única exceção à sua interferência, a expropriação por interesse público.

Silvestre Pinheiro Ferreira ao comentar tal parágrafo discorda da previsão de que a lei marcará os casos de expropriação, pois parece muito abrangente e isto seria impossível. Ademais, defende que o particular deve ter o direito de contestar e recorrer ao Judiciário a respeito da necessidade da expropriação e o valor correspondente³⁰¹.

Importante destacar que Carta traz um rol de hipóteses nas quais os Ministros de Estado sofrerão sanções de responsabilidade, o qual inclui o ato que seja praticado contra a propriedade dentre outros crimes, como a traição³⁰².

Finalmente, a Constituição de 1838 segue a fórmula setembrista de redação constitucional, evitando-se “fórmulas emancipatórias, declarações morais e definições”³⁰³ ao determinar no título III *Dos Direitos e Garantias dos Portugueses* artigo 23.º de forma bastante sucinta que “É garantido o direito de propriedade”. É

³⁰⁰ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p. 118.

³⁰¹ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Constituição política do Império do Brasil e Carta constitucional do Reino de Portugal**. 2. ed. Paris: Rey e Gravier J. P. Aillaud, 1835, p. 201-202; FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão**. Paris: Rey et Gravier, 1836, p. 43.

³⁰² MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p. 111. “Artigo 103 - Os Ministros de Estado serão responsáveis:

§ 1.º - Por traição.

§ 2.º - Por peita, suborno, ou concussão.

§ 3.º - Por abuso do Poder.

§ 4.º - Pela falta de observância da Lei.

§ 5.º - Pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

§ 6.º - Por qualquer dissipação dos bens públicos.”

³⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **História de Portugal**. Vol. 5. José Mattoso, (coord.) Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 136.

retomada a indenização prévia no caso de expropriação, salvo em casos de extrema urgência. Por fim, vale a menção do § 4.º, que prevê a garantia do direito autoral.

5. A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DA PROPRIEDADE CIVIL

De início, é importante acompanhar a ressalva feita por José Alberto Vieira, no sentido que o ensino e o estudo dos direitos reais a partir da reforma de 1772 até o Código Civil de 1867 consistem “[...] na informação sobre a obra dos autores portugueses que deram directamente o seu contributo ao sistema científico do direito Civil e cujo trabalho se repercutiu na matéria de direitos reais”³⁰⁴ e por conseguinte, na propriedade e na posse.

A ressalva é pertinente em razão de neste período ainda não ser possível tratar da matéria de direitos reais como autonomizada dentro do direito civil, entretanto, serão trabalhadas aqui matérias que então (e também hoje) se incluem no rol de direitos reais, mas serão tratadas de matérias atualmente correspondentes³⁰⁵.

Ademais, cabe uma segunda importante ressalva de forma a evitar qualquer má compreensão. A expressão “direitos reais” tem ocorrência para designar os direitos da *res*, da coisa, todavia, no direito português, por certo período, utilizou-se esta nomenclatura para tratar dos direitos provenientes da realeza, vale dizer, os direitos régios, que por sua vez trata dos direitos que cabem especialmente ao rei e à Coroa, suas garantias e prerrogativas distintivas. O termo teve essa acepção durante toda a monarquia, mas no período discutido aqui ele já convive com a designação de direitos reais como relativa às coisas.

O título 26 do Livro 2 das Ordenações Filipinas tem por epígrafe “Direitos reaes” é exemplo disto³⁰⁶, entretanto, foi revogado por meio da Carta Constitucional de 1826³⁰⁷ e do Decreto de 13 de agosto de 1832³⁰⁸, onde já se utilizou a expressão “Os Direitos e Prerrogativas da Corôa”, que se verá com maior frequência em substituição a “direitos reais”.

Portanto, fica-se advertido que ao tratar nesta dissertação a respeito dos direitos reais, ter-se-á sempre em mente a expressão como direito das coisas, dos bens, da *res*, de maneira que, oportunamente, ao se referir aos direitos e prerrogativas da coroa isto será salientado, de forma a prezar pela clareza e rigor do texto.

³⁰⁴ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 12.

³⁰⁵ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 12.

³⁰⁶ PAIO, Francisco Coelho de Souza e São. **Preleções de direito patrio publico e particular**. Coimbra: real imprensa da universidade, 1788, p. 83. É outro exemplo.

³⁰⁷ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p 121.

³⁰⁸ Disponível em <http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/73/116/p237>. Acesso em 22/06/2020.

Para fins de desenvolvimento deste capítulo, os principais autores que se destacam na formação da propriedade civil como instituto jurídico no período estudado são Pascoal José de Mello Freire, Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, Manuel de Almeida e Sousa de Lobão, António Ribeiro de Liz Teixeira, Silvestre Pinheiro Ferreira, José Homem Correia Telles, Manuel Borges Carneiro, Manuel António Coelho da Rocha e António Luís de Seabra. Para além destes autores, utilizar-se-á, como fontes de estudo, oportunamente, as Ordenações Filipinas, legislação esparsa e obras estrangeiras.

O estudo do direito nos fins do século XVIII até o primeiro código civil português adota como modelo as instituições de Mello Freire, portanto, é inevitável que se inicie por trazer suas lições ao trabalho, que atuaram como compêndio oficial até a introdução da obra de Coelho da Rocha em 1841. Estes dois autores e suas obras serão os grandes guias para a construção da estrutura e conceituação deste trabalho³⁰⁹.

Todos estes autores do período realizaram um esforço notável de pesquisa, exposição e desenvolvimento do direito civil que é de importância incomparável até então. Este desdobramento do direito firmemente baseado nas fontes nacionais foi responsável por abrir caminho à codificação civil em 1867³¹⁰.

Especialmente após a reforma do ensino jurídico de 1836 e com as instituições de Coelho da Rocha, verifica-se um período bastante produtivo para o estudo da ciência jurídica, nas palavras de Paulo Merêa:

Estes trinta anos [1836 a 1865] foram para os estudos jurídicos- concentrados desde 1836 na Faculdade de Direito – uma quadra de constante e frutuosa actividade. Apesar das dificuldades inerentes às épocas de reorganização, e em especial da insuficiência do pessoal ensinante em efectivo serviço, este período assinala-se pelo estabelecimento ou maior desenvolvimento de várias disciplinas, pela introdução de novos métodos em algumas delas, e pela redacção de uma série de compêndios, alguns deles de elevado merecimento³¹¹.

Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) foi importante jurista do século XVIII e seu legado foi especialmente influente sobre o século XIX, haja vista que suas obras e seu ensino reorientaram a formação dos juristas que irromperam o

³⁰⁹ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 31.

³¹⁰ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 31.

³¹¹ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 100. (pp. 99 a 181).

século oitocentista e construíram o direito respectivo, tornando-se imprescindível que seus escritos formem substrato da pesquisa³¹². Ademais, será ele o ponto de partida do estudo por dois motivos: ao escrever as suas instituições de direito civil e penal, produziu um “estado da arte” do direito; a sua configuração e metodologia de exposição no sistema compendiário serão espelhadas pelos juristas que o sucederam.

Mello Freire produziu *As Instituições de Direito Civil Português* como cumprimento aos novos estatutos da universidade, e o transformou em material didático para o ensino de direito³¹³, portanto, naquelas páginas inseriu, comentou e referenciou suas fontes, em especial as nacionais, para teorizar sobre os institutos existentes no direito que lhe era contemporâneo³¹⁴, utilizando como método o *usus modernus pandectarum*³¹⁵, pois “com notável ousadia interpretou as Leis antigas, não pelo espírito do século, que as dictára; mas pelo do século, em que existia, e em que tinham de ser executadas”³¹⁶.

A obra supracitada é a primeira obra do tipo compendiário e servirá de referência para todas as demais dentro do período em questão, somando-se que existe preocupação com a utilização de fontes nacionais para a exposição do conteúdo, considera-se um bom termo inicial deste trabalho, pois difunde o “estado da arte” do direito privado naquele momento, ao mesmo tempo que expõe suas fontes, e isto confere facilidade ao estudo para se detectar o que o direito português da época acrescentou ou aproveitou das fontes, em especial o direito romano.

As Institutiones juris civilis lusitanos cum publici tum privati são organizadas em quatro livros, o primeiro tratou do direito público e os outros três assumiam o

³¹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. Mello Freire, Pascoal José de. in: **Dicionário de História de Portugal**. Vol. IV. Porto: Livraria Figueirinhas, 1981, p. 249-250; CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 278. (179-457); ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, p. III (prefação).

³¹³ RIBEIRO, João Pedro. **Índice chronologico remissivo da legislação portugueza posterior à publicação do código filippino com hum appendice**. Vol. II. Lisboa: Na Typografia da mesma Academia, 1805, p. 263. Através do Aviso Régio de 7 de maio de 1805, que se trata de documento manuscrito.

³¹⁴ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 124. (pp. 99 a 181).

³¹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Mello Freire, Pascoal José de. in: **Dicionário de História de Portugal**. Vol. IV. Porto: Livraria Figueirinhas, 1981, p. 250; também pode ser encontrado em COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 44. Coimbra, 1968; CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 277 (179-457).

³¹⁶ ROCHA, António Manuel Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 234.

modelo da tripartição gaiana do direito³¹⁷, tratando das pessoas, coisas e ações, respectivamente³¹⁸. Nota-se no texto a influência e as citações de autores como Cícero, Grócio, Pufendorf e Thomasius³¹⁹.

Alberto Vieira lista como nomes importantes para o ensino do direito civil português Mello Freire, Manuel de Almeida e Sousa de Lobão, Manuel Borges Carneiro, Correia Telles, Coelho da Rocha e Liz Teixeira³²⁰. Para além destes, acrescentar-se-á Vicente José Ferreira Cardoso da Costa e António Luís de Seabra, apesar de não terem sido professores ou elaborado manuais de estudo, produziram obras marcantes e certamente influenciaram suas épocas na construção filosófica do direito de propriedade e da posse³²¹.

António Ribeiro de Liz Teixeira publicou as suas lições sob a forma de comentário ao compêndio de Mello Freire, é uma obra considerada apreciável e que se manteve proveitosa por vários anos. Liz Teixeira também utiliza o modelo compendiário enquanto segue a ordem dos assuntos de Mello Freire, comenta-o com grande liberdade, ao mesmo tempo que o completa em muitos pontos e atualiza os seus ensinamentos³²².

Foi professor de uma das cadeiras de Direito Civil da Universidade de Coimbra em 1840, substituindo Pedro Paulo, o compêndio adoptado primeramente foi o de Mello Freire³²³.

³¹⁷ A respeito da romanidade desta tripartição gaiana nesta obra, veja-se SANTOS, Jorge Silva. Quão romanísticos são os fundamentos romanísticos dos direitos privados europeus e ibero-americanos? Reflexões a propósito da tripartição gaiana adoptada por Pascoal de Mello Freire. in: **Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano**. Vol. II. Coord. María del Carmen López-Rendo Rodríguez. Oviedo: Boletín Oficial del Estado, 2020, p. 654 e ss. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2020-155_2. Acesso em 21 ago 2020.

³¹⁸ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 7 e 13; FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 163, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P., p. 10.

³¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 277. (179-457).

³²⁰ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, pp. 13-27.

³²¹ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 276-283 (179-457), cita os mesmos autores e acrescenta Cardoso da Costa, Seabra é citado por ele, entretanto em capítulo referente à codificação. ALBUQUERQUE, Pedro. **Direitos reais: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82 também cita Cardoso da Costa.

³²² MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 144 (pp. 99 a 181).

³²³ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 125 (pp. 99 a 181).

O autor é especial conhecedor da ciência jurídica francesa, citando frequentemente o *droit coutumier* e também juristas jusracionalistas, por exemplo Cujacius, Grotius, Pufendorf e Heineccius³²⁴.

Vicente José Ferreira Cardoso da Costa³²⁵ foi jurista e político, tendo influenciado o direito civil da sua época pelas duas vias. Sendo um defensor da codificação, escreveu o célebre *O que he o Codigo Civil*³²⁶, no qual faz um manifesto em defesa da codificação civil, estabelecendo a base filosófica/conceitual para um futuro código, ao mesmo tempo que clama pela realização desta empresa.

Menezes Cordeiro indica o evidente “radicalismo jusracionalista – central e dedutivista” e que sua contribuição como “complemento político” dos demais autores foi essencial para amparar previamente a elaboração histórico-cultural da codificação civil³²⁷.

Nas suas ideias, era fundamental que o código civil fosse original, preparado para os portugueses, rejeita os códigos anteriores por serem casuísticos e salienta a incompletude deste tipo de legislação³²⁸. Seu trabalho foi influenciado pelas obras de Jeremy Bentham, que cita frequentemente em sua obra, e com ele estabelece um diálogo para o desenvolvimento das ideias. Criou um emblemático sistema para o código civil baseado na estrutura de uma árvore de onde se ramificam as várias ordens do direito e seus microssistemas³²⁹.

Manuel de Almeida Sousa de Lobão elaborou suas notas de uso prático e críticas³³⁰ em que comenta, adiciona referências e critica a obra de Mello Freire,

³²⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O ensino do direito das obrigações**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina. [Lisboa]: [S. n.], 201?, p. 68; TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, p. 112, 113 e 126.

³²⁵ BANOND, Isabel. **Monografia sobre a vida e obra de um autor do século XIX**: Vicente José Ferreira Cardoso da Costa. Separata de Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. Esta é uma útil leitura para aprofundamento sobre a vida e obra do autor.

³²⁶ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822.

³²⁷ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 283. (179-457).

³²⁸ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 108.

³²⁹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 157.

³³⁰ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825.

seguindo a mesma ordem de matérias daquele autor. Lobão não foi acadêmico e as suas notas apresentam o mérito de incorporar elementos práticos aos temas abordados, pois é “primeiramente o advogado e só em seguida o escritor”³³¹ e embora seja um comentário a outra obra, acabou por ter reduzido alcance científico^{332/333}.

Apesar de ter sofrido em sua época certo antagonismo pelos seus pares em razão de sua obra³³⁴, acredita-se ser de grande contributo a esta pesquisa, sobretudo pela postura teórico-prática que o autor imprime a seus escritos. Seus comentários colocam a obra de Mello Freire em perspectiva, tendo mérito em especial de apontar fontes que aquele não cita, apresentar críticas e posições divergentes, o que, sobretudo, auxilia no enriquecimento e avanço da teoria jurídica³³⁵.

Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) iniciou sua carreira como professor de filosofia racional no Colégio de Belas Artes, onde se destacou pela sua independência intelectual. Sua produção literária é vasta e cobre muitas áreas do conhecimento, como a Filosofia, Direito, Economia, Filologia e Pedagogia³³⁶.

Embora tenha gozado de sucesso político e científico fora de Portugal, Silvestre Pinheiro muitas vezes é ignorado, até hoje, quando se fala de juspublicistas do século XIX³³⁷.

Quanto à sua inclinação filosófica, é considerado um sensualista das vertentes de Locke e Condillac, aos quais constantemente referencia, na filosofia política aderiu aos ingleses, como Locke, tendo estudado também as críticas por Montesquieu e Voltaire. Nas ciências jurídicas pode ser visto como um jusnaturalista e foi influenciado por autores como Grócio e Bentham, do qual extraiu seu utilitarismo³³⁸.

³³¹ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. in: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 1947, p. 255.

³³² VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais**: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 17.

³³³ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. In: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 1947, p. 239-291. Recomenda-se esta leitura caso exista interesse em se aprofundar na obra e vida do autor.

³³⁴ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. in: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 1947, p. 252.

³³⁵ ALBUQUERQUE, Pedro. **Direitos reais**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2009, p. 88; ROCHA, António Manuel Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de estudo do direito pátrio**. Coimbra: imprensa da universidade, 1841, p. 235.

³³⁶ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. in: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 1960, p. 38-39 e 71.

³³⁷ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. in: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 1960, p. 72-73.

³³⁸ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. in: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 1960, p. 77 e 82.

Defende uma concepção de estado liberal e democrático, sendo aderente da disciplina contratualista de Locke, portanto se opunha ao despotismo iluminado e clamava por uma constituição que implantasse uma monarquia representativa, que formasse um Estado cuja função fosse a garantia dos direitos naturais individuais³³⁹.

Manuel Borges Carneiro, obreiro da constituição, escreve o *Direito Civil de Portugal*³⁴⁰, utiliza as obras de Heineccius, Mello Freire e Velasco, além de Montesquieu e Bentham, é mais um representante do movimento do *usus modernus pandectarum* e a obra traduz-se num esforço compendiário com tons liberais³⁴¹.

Produziu o *Direito Civil de Portugal* em quatro tomos, os primeiros três tratam das pessoas e o último das coisas, este é póstumo e foi finalizado por Emygídio Costa³⁴². A posse é considerada direito pessoal e não real, tratada tão somente de forma incidental durante seus escritos³⁴³.

Suas obras são marcadas por muitos exemplos a respeito de cada tópico abordado, o que passa à obra um certo casuísmo, e a partir destes exemplos, por afinidade de matérias, o autor transita incidentalmente entre vários ramos do direito, passando do direito material civil para o processual, e então para assuntos de direito penal e processo penal, para finalmente retornar ao assunto principal do capítulo³⁴⁴.

José Homem Correia Telles escreveu de maior interesse para este trabalho o *Digesto Portuguez*³⁴⁵ e, como o subtítulo da obra indica, foi pensado para formar o primeiro código civil português. A sistemática seguida pelo autor foi diversa dos seus contemporâneos, de forma que a posse e a propriedade são tratadas no primeiro volume

³³⁹ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. in: **Jurisconsultos portugueses do século XIX**. Vol. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 1960, p. 83.

³⁴⁰ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito Civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847.

³⁴¹ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 280-281 (179-457).

³⁴² ALBUQUERQUE, Pedro. **Direitos reais**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2009, p. 94; CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. I-VII.

³⁴³ ALBUQUERQUE, Pedro. **Direitos reais**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2009, p. 94-95.

³⁴⁴ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito Civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, pp. 37-51.

³⁴⁵ TELLES, José Homem Correia. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar, e a transferir por derradeira vontade, para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo III. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1836.

da obra, enquanto outros direitos reais menores são objeto do terceiro volume, evidenciado uma ausência de autonomização dos direitos reais nos moldes atuais³⁴⁶.

Apesar disto, o autor ainda segue o método compendiário e é largamente influenciado pelo pensamento iluminista, em especial o francês, de Pothier, do qual traduziu uma obra para o português^{347/348}.

Manuel António Coelho da Rocha é outro autor chave da pesquisa, divisor de águas que merece atenção especial para quem quer que estude este período³⁴⁹. Foi professor de direito civil da Faculdade de Direito de Coimbra, onde começou lecionando com as instituições de Mello Freire, todavia, a partir de 1843 já passou a utilizar as suas próprias instituições³⁵⁰, as *Instituições de Direito Civil Português*³⁵¹ e também sua obra de História do Direito³⁵², que serviu como compêndio oficial da cadeira respectiva até quase o fim do século XIX³⁵³.

Coelho da Rocha explica na prefação de sua obra a dificuldade da utilização do compêndio criado por Mello Freire e sua insatisfação com o fato se encontrar desatualizado:

Porém desde a epocha, em que escreveu o Sr. Paschoal, a legislação tem sido quasi inteiramente alterada: e por outra parte o Decreto de 5 de Dezembro de 1836, que reuniu as duas antigas Faculdades de Leis e Canones em uma só, a

³⁴⁶ VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 21.

³⁴⁷ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e reciprocas nos pactos, contractos, convenções**. Trad. por José Homem Correa Telles. Lisboa: Tip. António José da Rocha, 1849.

³⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 280-281-282. (179-457).

³⁴⁹ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Da Revolução Liberal até ao final do séc. XIX**. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/faculdade/a_nossa_historia/historia_4. Acesso em 01 set 2020. Admite-se ser esta altura, com Coelho da Rocha e suas Instituições, o ponto mais alto do século XIX e sua obra como “o mais perfeito manual de direito civil do século XIX escrito em português”; CÂMARA, Henrique Brito. Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha. in: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. XXVI (1950). Coimbra: Coimbra Editora, 1951, p. 276 (pp 275-301).

³⁵⁰ MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 144. (pp. 99 a 181)

³⁵¹ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852. Esta edição será a utilizada no trabalho, sabe-se que existe a segunda edição em 1848 e a primeira em 1844. Não forma encontradas diferenças substanciais no conteúdo trabalhado entre a segunda e a terceira edição.

³⁵² ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal**: para servir de introdução ao estudo do Direito Patrio. Coimbra: imprensa da universidade, 1841. Importante destacar que esta é a primeira edição, tendo edições subsequentes em 1843, 1851, 1861, 1872, 1887 e 1896, em razão de ter continuado a ser compêndio para a cadeira de História de Direito Patrio, e a partir da terceira edição terem sido póstumas.

³⁵³ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 280-284. (179-457).

de *Direito*, segundo os progressos da sciencia, e o methodo modernamente usado, distribuiu as disciplinas por differente maneira[...] A obra do Sr. Paschoal nem podia acompanhar as reformas, nem se accomodava a esta distribuição: por tanto tornou-se desde então indispensavel reunir em um corpo novo, e tractado regular as doutrinas especiaes sobre este ultimo objecto[...]³⁵⁴

Nas suas Instituições utiliza explicitamente como modelo para sua exposição o manual de direito romano de Ferdinand Mackeldey³⁵⁵, edição idêntica a que será utilizada neste trabalho³⁵⁶. O aspecto estruturante da obra é fato importante de se destacar e é o laço metodológico que conecta a ciência jurídica alemã e a portuguesa neste momento, pois como indica Menezes Cordeiro³⁵⁷, Mackeldey reconheceu manter contato com Gustav Hugo³⁵⁸, portanto tinha contato próximo com as composições sistemáticas de Hugo, Heise e Savigny³⁵⁹.

Mackeldey estrutura seu manual, na parte especial, da seguinte forma: (i) Direitos Reais; (ii) das Obrigações; (iii) dos Direitos da Família; (iv) do Direito de Sucessão; (v) do Concurso de Credores. Embora os pontos de contato entre os dois na parte especial não saltem aos olhos, uma análise mais atenta demonstra certas adaptações, em especial no capítulo dos direitos reais³⁶⁰.

Coelho da Rocha apresenta uma consciente preocupação com o método utilizado em suas obras, inclusive por falta de um código para se fazer dele a exegese, portanto caberia ao jurista assumir uma posição semelhante à do legislador e encontrar a ordem dentro do caos³⁶¹. Explica, ainda, que não basta utilizar uma clareza ordinária, mas sim que os planos em uma perspectiva geral ou individual sejam exibidos com tal

³⁵⁴ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. III-IV (prefação).

³⁵⁵ MACKELDEY, Ferdinand. **Manuel de droit romain, contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain**. 3.ª ed. rev. e atualizada de acordo com a última edição alemã. trad. por J. Beving. Bruxelas: Societé Typographique Belge, 1846.

³⁵⁶ ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. V.

³⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 285 (179-457).

³⁵⁸ MACKELDEY, Ferdinand. **Manuel de droit romain, contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain**. 2.ª ed. rev. e atualizada de acordo com a 11ª edição alemã. trad. por J. Beving. Bruxelas: Societé Typographique Belge, 1846, p. II (preface).

³⁵⁹ MACKELDEY, Ferdinand. **Manuel de droit romain, contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain**. 2.ª ed. rev. e atualizada de acordo com a 11ª edição alemã. Trad. por J. Beving. Bruxelas: Societé Typographique Belge, 1846, p. 64. Por exemplo, onde cita aqueles autores.

³⁶⁰ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 287 (179-457).

³⁶¹ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. IV (prefação).

proficiência que as matérias não sejam repetidas e que simultaneamente abram o caminho para a próxima, estabelecendo esta como a lei do método, que busca observar³⁶².

Por conseguinte, apesar de Coelho da Rocha desconhecer diretamente a ciência alemã que lhe era contemporânea, por meio de Meckeldey, foi o autor da pré-codificação que aproximou o direito português da ciência pandectística alemã da segunda metade do século XIX³⁶³.

Por fim, é importante citar António Luís de Seabra (1798-1895), também conhecido como Visconde de Seabra, que regularmente é lembrado pelo importante papel como codificador do primeiro código civil português; entretanto, tratar-se-ão seus contributos para o direito no período pré-codificação, nomeadamente pela sua obra a respeito da propriedade³⁶⁴ que trabalha o conceito a partir de uma perspectiva filosófica e axiológica que escapa à ótica estritamente privatística, de forma a complementar a pesquisa.

Considerado um autor de perspectiva jusracionalista “da escola antiga”³⁶⁵ e que aproveita um pouco a respeito da filosofia kantiana³⁶⁶, também utiliza-se das lições proferidas por Condillac e Tracy³⁶⁷ temperado com a necessidade de soluções jurídicas concretas e práticas, que resulta em um “entendimento positivístico e empírico do direito”³⁶⁸.

A sua obra começa por tratar da origem e fundamento do direito de propriedade (capítulo I), onde estabelece certas bases para o restante da exposição,

³⁶² ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. IV-V (prefação).

³⁶³ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 288-289. (179-457).

³⁶⁴ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade: philosophia do Direito**. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850.

³⁶⁵ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 73.

³⁶⁶ VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016, p. 481; MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 74. Este autor possui uma visão mais cética acerca do impacto kantista da filosofia de Seabra, ao dizer que este não aprendeu corretamente as lições de Kant, do contrário teria percebido a contradição entre a “razão pura” e o direito natural e fundamentar o direito na ‘constituição orgânica do homem’, conclui que Seabra retirou de Kant tão somente o momento de intenção política.

³⁶⁷ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 74.

³⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988, p. 267. (179-457).

elevando a propriedade ao mais alto patamar de direitos e objetivos sociais: “[...] A nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a indústria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e prende à questão de Propriedade, único principio e fim da sociedade[...]”³⁶⁹.

Nos demais capítulos do livro primeiro, vai tratar da propriedade dentro do sistema familiar, sobre os sistemas econômicos e os meios de aquisição da propriedade, utilizando sempre como principal modo de criação e ampliação da propriedade: o trabalho³⁷⁰.

O livro segundo é iniciado pela ocupação³⁷¹, como forma de aquisição da propriedade, em seguida, da propriedade intelectual³⁷², tema que era corrente em sua época e ainda suscitava muitas discussões teóricas acerca da sua natureza e tutela jurídicas; aproveitando o tema trata de outras propriedades imateriais e industriais. O autor ainda dedica grande seção deste livro para expor sobre princípios contratuais em uma ótica privatística³⁷³ antes de finalizar ao versar acerca da doação³⁷⁴.

5.1. A propriedade como direito natural

Dentre os direitos reais, admitidamente o mais importante e complexo³⁷⁵ é a propriedade e que será primeiramente tratado.

³⁶⁹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 1.

³⁷⁰ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 34, 35, 37-38, 42, 61 e 70, por exemplo.

³⁷¹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 136 e ss.

³⁷² SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 161 e ss.

³⁷³ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 210 e ss.

³⁷⁴ CAMPOS, Abel de. Evocação do Visconde de Seabra. in: **Boletim do Ministério da Justiça**. Vol. 169, 1967. Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 21-58; ANDRADE, Manuel de. Discurso em memória do Visconde de Seabra. in: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 277-301. Recomenda-se estas obras para aprofundamento acerca da vida e obra do autor, além das demais já citadas.

³⁷⁵ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 32; FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 161, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 52 (89-200); ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 323.

Uma vez que a escola do direito natural considera que o direito natural estabelece princípios gerais e universais que inspiram a construção dos institutos jurídicos e o direito civil, expor-se-á a respeito da propriedade na sua concepção como um direito natural, seu conceito e atributos em vários autores.

Antes de seguir adiante cabe ressaltar a periodização elaborada por Cabral de Moncada no desenvolvimento da filosofia do direito em Portugal, na qual é chamado de período do *Jusnaturalismo Wolfiano e escolástico* entre 1772 e 1843 e de *período Kantiano e Krausista* de 1843 a 1869. Esta separação tem fundamento na adoção do compêndio de Karl Anton Martini, seguidor de Wolff, intitulado *Positiones de lege naturali in usum auditorum*³⁷⁶ até o ano de 1843, quando foi substituído pelo compêndio de Vicente Ferrer Neto Paiva³⁷⁷.

Dentro da concepção de Martini, à semelhança de Wolff, pode-se considerar aquilo que é justo ou injusto se contribui ou não para o aperfeiçoamento do homem ao conceber o seu fim dentro do sistema natural, mais deve também buscar a perfeição dos demais que convivem em sociedade. Para agir em conformidade com estes preceitos é imperioso o Homem gozar de direitos naturais, que divide em absolutos e hipotéticos, que derivam da própria natureza humana ou que dependem de um ato humano, respectivamente³⁷⁸.

Heinrich Ahrens (1808-1874) faz uma exposição histórica a respeito das teorias existentes sobre a origem da propriedade, as quais serão utilizadas e/ou refutadas pelos autores que integram este trabalho e pode-se dizer que muitos deles o leram diretamente, de maneira que é pertinente clarificar detalhes a respeito.

Ahrens foi filósofo do direito e jusnaturalista, é considerado um discípulo de Krause³⁷⁹ e auxiliou a difundir o pensamento de seu mestre internacionalmente. Foi um

³⁷⁶ MARTINI, Caroli Antonii. *De jure naturae positiones*. Coimbra: Typis Academicis, 1815. A primeira edição é de 1763.

³⁷⁷ MONCADA, Luís Cabral de. *Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal: 1772-1911*. Coimbra: Imprensa Académica, 1938, p. 11-12.

³⁷⁸ MONCADA, Luís Cabral de. *Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal: 1772-1911*. Coimbra: Imprensa Académica, 1938, p. 11-12.

³⁷⁹ CALHEIROS, Maria Clara. *A filosofia jurídico-política do krausismo português*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 47 ss. O pensamento de Krause dá seguimento aos ensinamentos kantianos e pode ser inserido no idealismo alemão e concilia os idealismos subjetivos de Kant e Fichte e os idealismos absolutos de Schelling e Hegel. Krause estuda o Homem como membro de uma comunidade onde convive em uniões, para isto requer formas de organização para sua manifestação e incentivar a realização dos seus potenciais, aspectos que compõem seu aspecto humanitarista. Ao nível de direitos individuais, o autor designa que sejam “direitos sociais fundamentais”, incluindo direito à igualdade de oportunidades, direito à formação, à educação e ao trabalho etc.

dos responsáveis pela introdução do pensamento krausista em Portugal, em especial pelo seu *Cours de Droit Naturel*³⁸⁰.

A primeira teoria abordada pelo autor é a que funda o direito de propriedade na ocupação, é a mais antiga das teorias, encontrando fundamento no direito romano justiniano, como se vê em D. 41.1.3 e desenvolvido também por autores como Grócio, Puffendorf e Blackstone. Primeiramente, esta teoria parte de uma confusão quanto à origem histórica da propriedade e a sua origem filosófico-conceitual, é claro que as primeiras formas de aquisição de propriedade foram através da ocupação de territórios, entretanto, em última análise, a sua manutenção depende tão somente da força do ocupante em evitar futura usurpação³⁸¹.

Teóricos tardios desenvolveram uma solução por meio de um acordo de respeito às propriedades ocupadas, o qual não existiu sequer tacitamente. O problema deste artifício é a sua transmissão às gerações subsequentes para sua renovação, tendo em vista a eventual escassez de bens frente à sua concentração. O fato originário da ocupação é fortuito e depois mantido pela força, nenhum destes fatores podem ser bases suficientemente sólidas para um direito de propriedade³⁸².

A segunda teoria que leciona Ahrens é aquela que fundamenta a propriedade no trabalho, na transformação que é operada por um indivíduo sobre uma coisa, de maneira que esta especificação sustenta o direito à propriedade. Por esta teoria, a transformação é operada pelo homem através da sua ação e intelecto que imprimem nele o seu domínio, fazendo com que uma lesão à sua propriedade seja também uma lesão à sua personalidade³⁸³.

Contudo, afirma Ahrens, existe um obstáculo com a premissa desta teoria de existir um momento anterior e primitivo de não ocupação das coisas, que não correspondia ao momento corrente. Em segundo lugar, ignora-se que antes de se poder

³⁸⁰ CALHEIROS, Maria Clara. **A filosofia jurídico-política do krausismo português**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 73-75; CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado: reflexos krausistas**. in: Revista de História das Ideias. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 167 ss. Esta são leituras úteis para se aprofundar no estudo do autor.

³⁸¹ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 175-177.

³⁸² AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 176-178.

³⁸³ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 179.

transformar um objeto é preciso tomar domínio sobre ele, de forma que “a transformação não cria a propriedade, *presuppoem na*”³⁸⁴.

A terceira teoria trata do direito de propriedade como derivado da Lei, e foi desenvolvida em razão das outras duas teorias não contemplarem a posição dos demais indivíduos em relação à sua ocupação e transformação, pois isto não garantiria, por si só, o respeito e segurança por parte dos demais membros da sociedade. Para resolver esta questão, portanto, o direito de propriedade, segundo esta teoria, é resultado da lei como expressão da vontade geral, que garante e assegura o direito individual de cada um à sua propriedade³⁸⁵.

Esta teoria é construída especialmente por Montesquieu e Bentham, este nega a existência de uma propriedade natural, pois a propriedade é resultado somente da lei. A propriedade não passa de uma esperança que um sujeito tem de utilizar o objeto em seu benefício e esta expectativa é atendida exclusivamente por intermédio da lei³⁸⁶.

Para Ahrens, o primeiro vício deste raciocínio é que entregar ao legislador a origem do direito de propriedade é também dar-lhe o poder absoluto sobre ele, sancionando qualquer conceituação e regulação da propriedade, justa ou injusta. O segundo vício é que equivocadamente interpreta a garantia do direito de propriedade como a sua origem, pois a lei existe para proteger o direito que nasce na natureza humana³⁸⁷.

Por fim, a quarta teoria, que é derivada da anterior, sustenta a propriedade sobre uma convenção, de acordo com este pensamento a propriedade não se basta com a ocupação da coisa e/ou sua especificação, mas é imprescindível uma obrigação negativa por parte dos demais, vale dizer, que não atentem contra a propriedade de outrem. Ahrens explica que Kant elaborou esta teoria em vista que a especificação ocorre em

³⁸⁴ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 180.

³⁸⁵ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 182-183.

³⁸⁶ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 183.

³⁸⁷ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 184.

primeiro lugar e cria uma propriedade provisória, mas fica dependente de uma convenção geral dos membros da sociedade para que se torne definitiva³⁸⁸.

Esta teoria, similarmente à de Bentham, afasta a propriedade de sua realidade social, um fato histórico, mas a conecta com um conceito abstrato — Kant a denomina de propriedade intelectual — que atende a uma imposição racional estritamente do direito³⁸⁹.

Ahrens segue explicando que Fichte assume e continua o desenvolvimento desta teoria no sentido de que princípios gerais do direito formam a base da propriedade e especificamente tem fundamento no direito pessoal individual. Posteriormente, é imprescindível que seja formada uma convenção entre todos, não apenas para defendê-la e sancioná-la, mas também organizá-la e providenciar sua distribuição proporcional³⁹⁰.

Ao final, Ahrens conclui com um resumo da progressão das teorias e emite juízo de valor acerca da sua própria teoria. A síntese exibida por Ahrens constrói um raciocínio evolutivo das teorias anteriormente apresentadas, como se elas se complementassem e gradativamente se aperfeiçoassem até o momento em que ele escrevia o seu próprio texto e buscava, por sua vez, uma versão final³⁹¹.

A sua teoria tem como premissa que a propriedade tem de ser um direito pessoal, primitivo, natural e absoluto em razão de derivar da natureza do homem como elemento imprescindível de promover, através de um complexo de condições e de meios, o seu desenvolvimento físico ou intelectual. O seu propósito é proporcionar as ferramentas necessárias para o adiantamento do Homem na medida das suas necessidades, que estarão sempre asseguradas individualmente. Com isto, o direito de

³⁸⁸ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 185-186.

³⁸⁹ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 187.

³⁹⁰ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 188.

³⁹¹ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 196.

propriedade está libertado da vontade, negócio jurídico em atos circunstanciais ou pactos gerais³⁹².

Estando a propriedade independente daqueles elementos, não cabe à sociedade senão organizá-la e moldá-la de acordo com sua aplicação. Simultaneamente, os membros da sociedade necessitam concordar em formas de proteger o direito de propriedade de um e todos, mas isto constitui sua garantia, não o direito em si³⁹³.

Uma última nota sobre Ahrens neste tópico é de que se percebe em vários momentos da sua exposição uma consciência social — assim como sucede na obra de seu mestre, Krause — a respeito da propriedade e sua função. O autor transparece a preocupação em considerar a propriedade como um fenômeno social e que pode ser utilizado como uma forma de divisão igualitária da riqueza, condenando a concentração de renda e atribuindo ao Estado esta função regulativa, aceitando, por fim, que a “a sociedade não pôde reconhecer o direito de propriedade, como um direito ilimitado”³⁹⁴.

Para Cardoso da Costa, defensor da codificação, pode se ver que “O fim da Justiça he conservar a cada hum o que he *de seu direito*, ou de *sua propriedade*”³⁹⁵, e para sistematizar o seu programa, a servir de base para a elaboração do futuro código, esta conservação da propriedade deveria estar na base do projeto, o qual é desenhado por analogia no formato de uma árvore^{396/397}.

³⁹² AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 197.

³⁹³ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 197-198.

³⁹⁴ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, pp. 178, 181, 190-193 e 198.

³⁹⁵ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 73.

³⁹⁶ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 95-96. Com o objetivo de atuar de forma complementar o seu sistema, o autor dedicou uma outra obra *Explicação da arvore que representa o prospecto do codigo civil portuguez*, que também será utilizada em caráter auxiliar.

³⁹⁷ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 161; COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **Explicação da arvore que representa o prospecto do codigo civil portuguez**. Lisboa: Typogr. De Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 3. “Tres Ramos capitaes terá pois a dita Arvore com as seguintes legendas, relativas á outra, que se acha gravada no Tronco “*Direitos, Propriedade*” 1.º *seu nascimento*: 2.º *sua vida*: 3.º *sua morte*”.

O 1.º Ramo apresenta a 1.ª P. do Codigo Civil; e esta compreenderá toda a Legislação relativa ao nascimento de todos os Direitos, e de toda a Propriedade do homem.

O 2.º Ramo apresentará a 2.ª P. do dito Codigo; e ella compreenderá toda a LEgislação relativa á vida, e á existencia dos ditos Direitos, e da dita Propriedade.

O 3.º Ramo apresentará a 3.ª, e ultima P. do Codigo; e ella compreenderá toda a Legislação relativa ao acabamento, e fim dos ditos Direitos. e da dita Propriedade.

No tronco da árvore da justiça desenhada por ele, que constitui o projeto do Código Civil, lê-se “Direito ou propriedade” em razão de que o autor a nível axiológico considera que a propriedade e o direito civil são uma e a mesma coisa³⁹⁸.

A partir deste sustentáculo, o tronco da árvore é o direito civil no seu sentido estrito, como aquele que garante os direitos dos indivíduos, ou seja, protege o que eles possuem, e para Cardoso da Costa, o direito civil e a propriedade civil vêm a ser, portanto, uma mesma coisa³⁹⁹.

Tendo isto em vista, o autor explica a sua concepção da propriedade e justifica sua utilização como modelo do futuro código civil. A respeito da origem filosófica, Cardoso da Costa admite de início pensar como aqueles que fundamentam o direito de propriedade no trabalho, pois faz parte do próprio homem e do exercício das suas capacidades, citando como referência Adam Smith⁴⁰⁰ e seu livro *A Riqueza das Nações*^{401/402}.

O autor ainda reconhece um estado primitivo, natural, em que não existia a propriedade, mas afirma que a partir de uma necessidade de excluir os demais de certos frutos percebidos, os quais são escassos, a propriedade surgiu. Com isto, a especificação

COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 86 (notas).

³⁹⁹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 97-97.

⁴⁰⁰ NUNES, António Avelãs. A filosofia social de Adam Smith. **Ars iudicandi**: estudos em homenagem ao prof. Doutor António Castanheira Neves. *Studia Iuridica* 92, vol 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 801-838. Adam Smith introduz conceitos inéditos no campo da Economia e Filosofia, os quais são, por sua vez, assimilados pelas ciências jurídicas, em especial por Cardoso da Costa e Seabra. Conforme se verá, muitas das construções elaboradas por aquele serão aproveitadas e assimiladas por estes nas suas obras jurídicas. A proximidade é bastante saliente e acredita-se que motivaria uma pesquisa autônoma a respeito do tema.

⁴⁰¹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 77 (notas).

⁴⁰² NUNES, António Avelãs. A filosofia social de Adam Smith. **Ars iudicandi**: estudos em homenagem ao prof. Doutor António Castanheira Neves. *Studia Iuridica* 92, vol 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 801-838. É por meio dos escritos de Smith que o elemento do trabalho ganha o caráter moderno de atividade criadora de riqueza. Juntamente, tem-se a explicação do excedente, de valor e divisão do trabalho, ensaiando os primeiros passos de uma economia moderna. Para ele, numa sociedade de mercado a riqueza é calculada pela medida do valor do produto do trabalho acumulado e é este trabalho que será o parâmetro utilizado para se dar o valor ostentado por cada bem no mercado. O motivo para tal é o fato de que é por intermédio do trabalho produtivo que se cria ou acrescenta valor ao objeto, neste fica fixado o esforço empregado.

Em sua teoria a acumulação do capital ocupa posição de protagonismo e para atingi-lo cada indivíduo possui, a princípio, as mesmas hipóteses, contudo alguns são mais trabalhadores, inteligentes e capazes de gerir seu capital enquanto outros não são, o que, naturalmente, potencializa as desigualdades na riqueza. Com isto, o autor inclina-se fortemente na responsabilidade individual (para ser bem ou mau sucedido) e nas habilidades que cada um possui e do uso que delas fazem. Por isto que, ainda nos casos de extrema desigualdade, não deve o Estado interferir na dinâmica econômico-social, sob pena de romper e contrato social entre súdito e soberano, resultando em um desequilíbrio da ordem natural. Por conseguinte, o Estado tem funções mínimas, em regra voltadas para a proteção e salvaguarda dos interesses individuais.

dos objetos por meio do seu artifício da sua força e indústria lhes imprime uma identificação e o torna sua propriedade, seu fruto⁴⁰³.

O trabalho empenhado por cada um é diverso na razão de que os homens são dotados de propriedades, ou habilidades, diferentes, e em consequência disto, irão trabalhar, especificar e produzir em quantidade e quantidade díspares, o que separa as propriedades de um e as do outro, não sendo lógico que pessoas diferentes, com vantagens e desvantagens próprias, viessem a ter uma mesma e comum propriedade⁴⁰⁴.

É diante disto que apresenta o autor a seguinte definição de propriedade: “a faculdade de gozar exclusivamente daquillo, que o talento, o trabalho, e a industria de cada hum dos homens lhes procura”⁴⁰⁵. Esta relação estabelecida entre a propriedade e a personalidade faz com que aquela seja fundada sobre a natureza humana, vinculando intimamente o homem aos frutos do seu trabalho⁴⁰⁶.

A seguir, Cardoso da Costa desenvolve ainda mais seu princípio “dai a cada hum o que he seu” pois, para ele, a exclusão dos demais encerra que aquilo que é de uma pessoa não pode ser de outra, e vice-versa, portanto a propriedade é uma dedução lógica desta assertiva, sendo absolutamente impossível desassociar estes elementos. A partir daí deve o Princípio de Justiça Universal proteger aquilo que pertence a cada um com a exclusão dos outros, dando, pois, a cada um o que é seu⁴⁰⁷.

Por conseguinte, o autor extrai deste princípio a obrigação que cada um tem para com os demais no corpo social, vale dizer, é imperioso que cada um respeite a propriedade do seu próximo a fim de ser possível exigir que sua propriedade seja, a seu turno, respeitada e protegida⁴⁰⁸. De forma consciente ou não, o autor passa a concordar com a teoria que funda a propriedade em uma convenção, pois exige dos demais uma certa postura negativa em face dos bens que não são seus, equivale dizer, estabelece como imprescindível que exista um consenso social no sentido de o próprio direito de propriedade e a obrigação negativa sejam coexistentes.

⁴⁰³ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 120-121 e 78 (notas).

⁴⁰⁴ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 79 (notas).

⁴⁰⁵ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 80 (notas).

⁴⁰⁶ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 80 (notas).

⁴⁰⁷ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 81 (notas).

⁴⁰⁸ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, pp. 81-83 e 100-103 (notas).

Cardoso da Costa demonstra o seu conhecimento da distinção já tratada por outros autores entre o direito de propriedade e a sua garantia. Para ele, a propriedade já existia no estado de natureza (antissocial) tanto quanto no estado civil⁴⁰⁹, sendo diferente apenas a sua proteção, a força naquele e a Lei neste. Faz esta diferenciação ao mesmo tempo que refuta posições contrárias, como a de Montesquieu e Benjamin Constant⁴¹⁰.

O que pretende Cardoso da Costa é garantir a maior proteção possível à propriedade e, embora exiba sua discordância com demais autores, reconhece nestes o mesmo objetivo, desta maneira, de acordo com ele, a discordância é apenas na forma de aplicar a proteção⁴¹¹. Uma teoria que deriva a propriedade da Lei faz com que aquela fique vulnerável a esta ou, melhor dizendo, vulnerável ao legislador, pois este pode tanto elaborar legislação que garanta a ampla proteção à propriedade quanto legisferar em seu prejuízo, atentando contra a propriedade individual⁴¹².

O respeito da propriedade privada constituiu um sustentáculo deste novo mundo civilizado, a base do equilíbrio social é formada pela inviolabilidade dos bens; a oposto, uma associação de indivíduos que isto não respeita pode ser considerada barbárica. Com isto percebe-se claramente bem assimilada esta função raiz da propriedade na constituição da comunidade civil e política, modelando e guiando as relações entre homens e entre homens e Estado, razão pela qual ostenta tão alta posição já no texto constitucional⁴¹³.

Se, por outro lado, o direito de propriedade é anterior à sociedade, é natural do Homem e independe de outros fatores para existir, e a Lei não faz mais que o proteger, isto impede que a propriedade seja atacada ou extinta por alguém que abuse de seus poderes e, portanto:

Os homens, os cidadãos estarão mais seguros, e defendidos contra injustas usurpações sobre o seu domínio, feitas pela Authoridade, pelas Leis, e pelos

⁴⁰⁹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 120-121 e 78 (notas). Anteriormente havia escrito que existia um estado primitivo onde inexistia a propriedade, não se sabe se o autor se contradiz ou se considera a existência de um terceiro estado, anterior ao de natureza.

⁴¹⁰ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 83-86 (notas).

⁴¹¹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 86-87 (notas).

⁴¹² COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 87-88 (notas).

⁴¹³ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedia, 2004, p. 465-466.

Codigos Civis, indo-se após da verdade, conhecendo-se axistencia [sic] do seu dominio, como anterior, e independente da Sociedade Civil, e sómente a ella sacrificada a esse respeito aquella parte, que for indispensavel, para se obter a nova garantia social, que se diz substituir á da força, unica, que havia antes da Sociedade⁴¹⁴.

Por conseguinte, o espaço para limitações surge tão somente em caráter excepcional, ocorrendo no que for indispensável para os fins da vida social, sendo certo que esta pequena parcela que é regulada e limitada se trata tão somente daquela que pelo Contrato Social foi transferida pelos indivíduos ao soberano com o objetivo de conservação dos demais direitos. O código civil para Cardoso da Costa, evidentemente, deve ser uma legislação derivada e fundada na propriedade para proteger os direitos e a acumulação do trabalho individual⁴¹⁵.

Existe para o autor uma correlação do direito da propriedade com os da personalidade, a liberdade e até mesmo o próprio corpo⁴¹⁶. Explica ele que, como a propriedade e o direito são a mesma coisa, e que deste gênero surgem três espécies, quais sejam, a segurança, liberdade, propriedade ou domínio, é importante que a legislação seja elaborada de forma a garantir a liberdade e a segurança dos cidadãos, nunca indo além daquilo que é estritamente necessário para a manutenção da ordem social⁴¹⁷.

A legislação civil deveria conter, além dos direitos, as obrigações para que não houvesse atentados contra aqueles direitos, portanto, no sistema da árvore, caso fosse vista por um lado, ver-se-ia os direitos e, do lado contrário, as obrigações correspondentes, como expressões ativas e passivas de uma mesma ideia e qualidade moral⁴¹⁸. E daquele tronco, deveria existir um “galho” que trataria das obrigações diretas e indiretas a favor da propriedade dos outros⁴¹⁹.

Cardoso da Costa se coloca na posição de legislador ao elaborar o código civil e, demonstrando boa compreensão acerca do contratualismo, expõe que o papel de

⁴¹⁴ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 88 (notas).

⁴¹⁵ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 93-94 (notas).

⁴¹⁶ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 100-101.

⁴¹⁷ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 103-107 (notas).

⁴¹⁸ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 98.

⁴¹⁹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 103.

legislador não é arbitrário, antes dele já havia direitos e obrigações e na sua atividade legislativa é preciso sempre proteger os direitos anteriores e independentes da organização social; na criação de limitações e restrições daqueles direitos, deverão tratar da menor parcela possível, restringindo-se ao essencial para a manutenção da coesão social, e isto porque a cessão que os indivíduos fizeram de seus direitos para a instituição da sociedade civil foi na medida exata da segura manutenção dos demais direitos⁴²⁰.

O mesmo se aplica ao direito de propriedade, pois qualquer interferência que não possa ser absolutamente justificada na imperiosa manutenção deveria ser considerada como usurpação e não deveria ter espaço no código civil português⁴²¹. Por isto, na exposição de motivos de cada artigo que trate de restrições, deve-se demonstrar dois requisitos: que ela é absolutamente necessária ou útil para a prosperidade geral; a limitação é a mais moderada possível e ofendendo os direitos da maneira mais branda⁴²².

Com o objetivo de se determinar quais restrições e quando devem ser aplicadas, utilizar-se-ia a Economia Política⁴²³.

Para o autor em comento, existe ainda uma outra subdivisão relativa aos direitos e a propriedade, que são originários ou derivativos. Os direitos originários têm fundamento em quatro motivos: “*provenientes da natural distincção entre os homens – provenientes da acumulação do seu trabalho – provenientes do producto das suas cousas – provenientes das suas relações sociaes.*”⁴²⁴. Estes direitos originários formam, por sua vez, outros ramos da árvore⁴²⁵.

⁴²⁰ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 142-143.

⁴²¹ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 142-143 e 160.

⁴²² COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 149-150.

⁴²³ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 150.

⁴²⁴ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 163; COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **Explicação da arvore que representa o prospecto do codigo civil portuguez**. Lisboa: Typogr. De Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 4-5. Apesar destes direitos não parecerem, a princípio originários, a explicação surge logo à frente. O primeiro direito é originário pois encontra sua razão na natureza do homem, em sua individualidade, e por derivar dele, é originário; o segundo por resultar do seu próprio esforço e trabalho, e não de outro, lhe pertence e, por conseguinte, originário; o terceiro é resultado da lógica de que por ser titular de um bem, os frutos que ele produz são também produtos daquele direito individual, e novamente, por partir da pessoa, é originário; por fim, fazendo uso da sua capacidade civil para contrair direitos e obrigações, e aquilo que provém disto também tem origem se não no próprio sujeito, originário.

⁴²⁵ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **Explicação da arvore que representa o prospecto do codigo civil portuguez**. Lisboa: Typogr. De Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 4.

Ao que se pode ver o autor toma uma perspectiva bastante liberal⁴²⁶ da propriedade, admitindo proximidade lógica com Adam Smith e percebendo o direito de propriedade como resultado do trabalho e da transformação, ao mesmo tempo que adiciona o elemento da convenção social como segurança daquele. Ademais, o autor expõe e defende a importância de se construir um código que gire em torno da propriedade e dos demais direitos individuais, que muitas vezes se confundem, posto que o objetivo maior do direito seria a garantia destes direitos, de forma a preservar a conceituação que ele dá para a propriedade, cuja principal característica é o uso com exclusividade.

Silvestre Pinheiro Ferreira, sensualista como Bacon, Locke e Condillac e utilitarista como Bentham, foi sem dúvida o mais ilustre, erudito e fecundo publicista da primeira metade do século XIX. Ferreira foi um individualista estrênuo nas suas construções jusnaturalistas e um liberal em filosofia política⁴²⁷.

Pinheiro Ferreira representa bem o individualismo de parte da corrente iluminista do século XVIII, entende ser improdutivo considerar hipoteticamente o Homem no estado de natureza, mas sim considerar os direitos naturais racionalmente fundados na natureza humana no estado social. Ao estado cabe salvaguardar o gozo dos direitos naturais e originários: segurança individual; liberdade; e propriedade⁴²⁸.

Silvestre Pinheiro Ferreira elenca como os mais importantes, perpétuos e inatingíveis são: a segurança pessoal; a liberdade individual e a propriedade real⁴²⁹. Aqui faz importante distinção, que muitas vezes é ignorada por outros autores, entre propriedade pessoal e propriedade real. O direito de dispor daquilo que constitui a sua própria pessoa e faculdades é para alguns autores a propriedade pessoal, mas para Silvestre Ferreira isso se inclui na liberdade individual, portanto acrescenta “real” para afastar confusões a este respeito⁴³⁰.

O objetivo de arrolar tais direitos como fundamentais é elegê-los como objetivo final e sustentáculo do Estado, que, portanto, tem por dever garantir-lhes

⁴²⁶ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 152-153.

⁴²⁷ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal: 1772-1911**. Coimbra: Imprensa Académica, 1938, p. 32 e 35.

⁴²⁸ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal: 1772-1911**. Coimbra: Imprensa Académica, 1938, p. 35-36.

⁴²⁹ VIDEIRA, Susana Antas. **Para a história do direito constitucional português: Silvestre Pinheiro Ferreira**. Coimbra: Almedia, 2005, p. 270; FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Précis d'un cours de droit public interne et externe**. Paris: Rey et Gravier, 1830, p. 8.

⁴³⁰ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 74.

proteção e criar formas de habilitar a sua realização. Pode o Estado somente agir para limitá-los se houver ameaça de ofensa a direitos equivalentes de outros ou de todos e, ainda assim, de maneira extremamente ponderada⁴³¹.

Na obra *Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão* reitera no artigo 4.º que os sacrifícios exigidos dos cidadãos sem o seu consentimento devem ser considerados como infração aos seus direitos naturais e, no artigo 7, que o Estado não pode intervir nos negócios privados salvo para proteger os seus direitos e lhes dar fruição⁴³².

Para o autor, consiste a propriedade “Na faculdade que tem o cidadão de dispôr livremente de qualquer objecto differente da sua propria pessoa, e das suas faculdades individuais” e mais a frente acrescenta “mesmo por testamento”⁴³³. Este é o único dos autores que defende explicitamente a liberdade de testar, levando o liberalismo ao extremo.

No seu curso de direito público externa outra definição suplementar onde adiciona novos elementos:

Nous disons donc que par droit de propriete on entend le droit qu'a chaque individu de disposer à son gré du produit de son travail ainsi que des choses dont il se trouve en possession de bonne foi, pourvu que dans l'un comme dans l'autre case, il ne porte atteinte à la propriete, à la liberté ou à la sûreté d'aucun autre individu.⁴³⁴

Nesta segunda definição tem-se que a propriedade está conectada ao trabalho e aquela é o produto deste; ademais, deve ter boa-fé, ou justo título, para que o direito seja reconhecido como propriedade e, por fim, que o seu exercício não viole aqueles direitos essenciais e naturais dos outros indivíduos⁴³⁵.

⁴³¹ VIDEIRA, Susana Antas. **Para a história do direito constitucional português**: Silvestre Pinheiro Ferreira. Coimbra: Almedia, 2005, p. 282.

⁴³² FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão**. Paris: Rey et Gravier, 1836, p. 3 e 5-6.

⁴³³ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 74 e 86; FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão**. Paris: Rey et Gravier, 1836, p. 42.

⁴³⁴ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Cours de droit public interne et externe**. Vol. 1. Paris: Rey et Gravier, 1830, p. 9.

⁴³⁵ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Cours de droit public interne et externe**. Vol. 1. Paris: Rey et Gravier, 1830, p. 10. Onde complementa salientando, entre outras coisas, a valorização dos direitos individuais em detrimento dos sociais “Remarquez, messieurs, que, prenant les hommes dans l'état actuel de la societe, nous venons de poser en principe que la possession de bonne foi est un aussi bon titre à la propriete que le travail. Aussi long-temps que je ne puis connaître et qu'on ne peut me prouver que ma possession qctuelle dérive de la violation de la propriete, de la liberté ou de la sûreté d'un autre, je suis en bonne foi dans la jouissance de ma propriete; et ce serait attaquer le pacte social que de me troubler dans

Prevê que os modos de adquirir propriedade são o trabalho, a cessão e ocupação e o primeiro deles é a forma de se adquirir valores ao aplicar sua força de trabalho física ou mental⁴³⁶. No caso da ocupação, para obter a propriedade o objeto não pode ser de propriedade de outrem e é preciso que o novo ocupante exerça os direitos de proprietário sobre a coisa⁴³⁷.

A partir disto, o autor parece concordar com as teorias que fundam a origem da propriedade no trabalho e especificação, pois prevê a existência da ocupação quando é *res nullius*, mas é o trabalho, físico ou intelectual, que protagoniza a aquisição de bens.

O autor suscita a hipótese de ocorrer a usucapião fundada no direito de prescrição quando o proprietário deixa de usar seu imóvel e em sequência um terceiro o ocupa e começa a cultivá-lo e se verifica o consentimento tácito do antigo possuidor pela ausência de oposição. É esta relação que faz surgir um novo direito em favor do possuidor e proprietário atual, qual seja o de prescrição, pois perime o direito do antigo proprietário e afinal o direito do novo ocupante pode ser igualado ao do antigo⁴³⁸.

O consentimento pode ser tácito, entretanto não se pode presumir a intenção de abandono pelo proprietário e, curiosamente, o autor entende que o prazo para a prescrição é casuístico e por isto deveria ser decidido por um júri. Todavia, compreende que tal critério é pouco objetivo e não gera segurança jurídica suficiente, portanto aceita que, conforme outras nações da época, seja legislado e posto um prazo mínimo da prescrição para servir como parâmetro para o julgador⁴³⁹.

O autor sustenta vigorosamente sua posição de que para garantir que a lei vai servir ao maior bem possível e da sociedade em geral é imperioso que não existam obstáculos entre o homem e a produção de riquezas por todos os meios disponíveis, por isto a lei não deve impedir a absoluta liberdade para a disposição de bens — inclusive

cette jouissance ou de ne pas me prêter main-forte contre ceux qui voudraient m'en dépouiller. Cette observation, messieurs, est de la plus grande importance surtout aujourd'hui que tous les esprits sont tournés vers les réformes, et, que la tendance générale est de remonter jusqu'à l'origine des droits, non seulement des masses, mais des individus. C'est pourquoi j'ai cru devoir insister particulièrement sur cette doctrine dont l'ignorance ou l'inobservation est la source principale des injustices qui ont rendu odieuses les révolutions politiques des nos jours”.

⁴³⁶ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 75.

⁴³⁷ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 80.

⁴³⁸ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 82.

⁴³⁹ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 82-84.

na liberdade de testar — sob pena de o indivíduo deixar de empregar seus maiores esforços para produzir o excedente, já que este lhe será alienado⁴⁴⁰.

Apesar do inegável caráter liberal de Silvestre Ferreira, ele vincula à propriedade territorial certos deveres e responsabilidades. Primeiramente, a propriedade imóvel é inalienável do patrimônio da própria nação⁴⁴¹ que é confiado ao proprietário e em segundo lugar existem condições a serem satisfeitas pelo dono: fará a cultura por si ou por outrem de maneira a aproveitar devidamente a fração territorial; zelará pela manutenção e aprimoramento da terra; escolherá livremente a cultura produzida e as ferramentas utilizadas; buscará o capital requerido para atingir o objetivo da terra; utilizará livremente o terreno e seus acessórios para que possa satisfazer suas necessidades e as do imóvel⁴⁴².

Mais à frente ele se pergunta se na hipótese de violação desses preceitos acima existiria alguma legitimidade para que o Estado pudesse obrigar o proprietário a cumpri-los, valendo-se até mesmo da expropriação. A resposta que dá é afirmativa, “os proprietários não são senhores absolutos” e cabe às autoridades públicas fazer com que sejam observadas as funções da terra, que são parcela do território nacional e prevê, em última hipótese, a expropriação. Não pode haver abusos ou excessos nesta aplicação, mas cabe ao legislador emanar leis que regulem a produção agrícola e obtenham o cumprimento daquelas condições pelos proprietários⁴⁴³.

A seguir, é fundamental compreender o contributo feito autor do código, António Luiz de Seabra, ao tratar do tema da propriedade. Para ele, a importância da questão da propriedade é inequívoca “[...] A nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a indústria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e prende à questão de Propriedade, único principio e fim da sociedade[...].”⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 86.

⁴⁴¹ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 87. Apesar disto, o autor se opõe a chamar o proprietário de mero usufrutuário tendo em vista que é incorporado ao terreno o trabalho e capital do proprietário, que muitas vezes supera o valor do próprio terreno nu, e este valor agregado impede que seja apenas usufrutuário.

⁴⁴² FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 86; FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão**. Paris: Rey et Gravier, 1836, p. 44 e 45.

⁴⁴³ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 90.

⁴⁴⁴ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade: philosophia do Direito**. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 1.

Antes de tratar o tema mais a fundo é possível perceber um pouco da sua metodologia e postura, pois esclarece que, para solucionar os problemas que se propõe, utiliza os elementos do direito na sua própria constituição orgânica, fundando-se o raciocínio nos fatos evidenciáveis, e mantendo a fé nas “leis eternas da razão”⁴⁴⁵.

O autor estabelece a ideia de que o Universo funciona como uma máquina, onde todos os seres seguem certas leis e funções ditadas pelo Criador, e que cada um possui um fim e esta ideia o leva “para o individualismo mais absoluto”⁴⁴⁶.

Das primeiras páginas da obra em comento é possível perceber que, assim como muitos dos seus contemporâneos, Seabra apoia o seu pensamento, construção doutrinária e princípios na ciência do direito natural, buscando sempre a observação dos elementos perceptíveis na Natureza, em especial na Natureza do Homem, de onde derivam os direitos imprescritíveis dos indivíduos⁴⁴⁷.

O direito de propriedade, em última hipótese, compreende e absorve os demais direitos individuais, portanto lhes serve como origem e fundamento⁴⁴⁸. Por esta natureza, Seabra admite um conceito de Propriedade, como Cardoso da Costa, extremamente amplo e que por vezes se confunde com direitos da personalidade⁴⁴⁹, pois considera o primeiro direito do Homem o poder de ação para dispor de suas capacidades

⁴⁴⁵ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 2.

⁴⁴⁶ MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal**. Coimbra: Coimbra editora, 1938, p. 54.

⁴⁴⁷ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 3-7.

⁴⁴⁸ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 9.

⁴⁴⁹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 10 e 46-47. Explica esta semelhança da seguinte forma “As idéas pois do *meu* e do *teu* são um corollario necessario da percepção da nossa existencia, pela simples razão de que somos susceptíveis de sentimento, de acção e percepção: é porque a Natureza nos dotou de uma propriedade inevitavel, - a da nossa propria pessoa.” Em sua concepção, o direito, especialmente a propriedade é natural e individual, algo inato e consequentemente desigual aos seres humanos, daqui ver a conexão das duas ideias, veja-se “Em summa, o dogma da igualdade primitiva – não póde ter outra significação, que não seja, que todos os homens nascem com igual direito de empregar as facultades, de que são dotados, para conseguir o mesmo fim; - que seria uma grave injustiça oppôr estorvos ao livre desenvolvimento da usa actividade, mórmente se esses estorvos pesarem sobre uns em prejuizo dos outros. Mas concluir desta igualdade original, que a riqueza é uma injustiça, seria como se o fraco e o idiota accusassem o forte e o avisado de lhe terem roubado a força e a intelligencia”.

e aplicar mudanças ao seu ambiente, neste contexto, *faculdades e propriedades* podem ter o mesmo significado⁴⁵⁰.

Apesar do autor não citar diretamente Ahrens neste trecho em específico, seu pensamento acerca da relação entre fins e meios existenciais é bastante similar ao daquele, no sentido de considerar que o direito tem três elementos básicos: o indivíduo⁴⁵¹; os meios; e a sociabilidade humana⁴⁵². Isto significa que se o indivíduo não existe apenas por si mesmo, tem acesso aos meios para sua sobrevivência e progresso, encerra uma necessidade lógica que se utilize das suas *faculdades* para atuar nos *meios* e transformar a natureza para seus objetivos e conservação da espécie⁴⁵³.

É por isto que, para o autor, há neste momento um desdobramento entre esta primeira propriedade e uma segunda, que deriva da aplicação das suas faculdades. Se a vida do Homem depende necessariamente da aplicação de suas faculdades sobre os meios existentes, é imprescindível concluir que há um direito a adquiri-los e, em decorrência da sua apropriação, conquista um segundo direito de propriedade sobre estes meios, o sujeito e o objeto coincidem no mesmo direito e na mesma pessoa⁴⁵⁴.

A segunda propriedade depende de um ato humano, a primeira nasce com o indivíduo, mas uma não é menos inviolável que a outra. Antes do ato humano não existe a propriedade individual, tão somente um direito geral de apropriação comum a toda a espécie humana, de forma que se assim não fosse a subsistência humana seria incompleta ou inexistente, já que não poderia o Homem modificar e amoldar seu

⁴⁵⁰ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 9-10.

⁴⁵¹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 17 “[...] quando dizemos o *homem*, ou designamos o individuo, ou não designamos cousa alguma. É pois no individuo, como o fez a Natureza, que deviamos estudar as faculdades e atributos do homem para podermos entender e explicar os variados phenomenos da sua existencia physica e moral”

⁴⁵² SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 8. Os termos exatos são “- o individuo, como existencia necessaria e intelligente; - os meios appropriados para cumprir o seu destino; - e a vida de relação do homem com os demais entes da sua especie”.

⁴⁵³ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 12.

⁴⁵⁴ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 12-13.

ambiente à sua necessidade, portanto fica demonstrado que os direitos naturais têm fundamento na relação imprescindível entre os fins e os meios existenciais⁴⁵⁵.

O autor vai ainda além e determina que os direitos naturais se tornam um dever. Isto significa que se o Homem possui a faculdade de exercê-los, também os tem como um dever, de maneira que se pode dizer que “o dever é o direito em acção”⁴⁵⁶.

Neste ponto o autor faz um recorte para tratar da relação entre direito, lei natural e lei positiva. Conforme já dito, o direito provém da relação entre meios e fins, esta relação é regra geral e constante, de sorte que são observáveis nos fenômenos naturais; postula-se que a Lei Positiva apenas tem legitimidade caso fundada em um direito anterior dado pela organização social e seus fins; enquanto o direito natural provém daquela relação necessária dos meios e fins, e esta somente pode ser conhecida após a análise dos fenômenos naturais que a emanam⁴⁵⁷.

Ao concluir, questiona-se quais os limites do direito natural para a apropriação e para a propriedade, respondendo que a sua demarcação é “[...]na ordem da natureza o direito de apropriação começa e acaba com as nossas necessidades, assim como a propriedade, objectivamente considerada, não pôde ter outro limite, senão o alcance de nossas faculdades”⁴⁵⁸.

No capítulo II Seabra faz um breve esforço de apresentar teoria contratualista onde expõe acerca do estado natural, o qual nomeia “estado de família”⁴⁵⁹, precedente ao estado social, que será objeto do capítulo seguinte em sua obra. O homem, segundo ele, é atraído à mulher por uma força natural, e a partir daí se reproduzem e forma-se a

⁴⁵⁵ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 13.

⁴⁵⁶ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 15.

⁴⁵⁷ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 14 (nota de rodapé).

⁴⁵⁸ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 16.

⁴⁵⁹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 17 e 19. “O homem é pois a familia: a familia é o seu estado natural e primitivo, necessario e indestrutivel[...]”.

família, que se repete para as futuras gerações, eventualmente causando um excedente populacional⁴⁶⁰.

É precisamente o excesso de indivíduos e a insuficiência de meios materiais para subsistência de todos que causaria necessariamente um estado de conflitos, de guerra pela posse daqueles meios⁴⁶¹. Entretanto são o medo e a insegurança inerentes ao estado de contenda que unem os Homens e dirigem-nos ao Estado Social, como resposta ao seu extinto de autopreservação e bem-estar⁴⁶². Estes correspondem, por sua vez, às ideias de liberdade e personalidade que produzem a ideia de propriedade na forma da posse pacífica dos bens materiais, portanto o esforço do Estado Social tem o fim garantir força para a defesa da liberdade e propriedade individual⁴⁶³.

Aqui se verifica um importante desenvolvimento na teoria da propriedade quando se fala da liberdade para a sua utilização, o que tem como consequência a sua conexão com o elemento da vontade. Efeito imediato disto é na transferência da propriedade por negócio jurídico ser feita tão somente em virtude do contrato, da exposição da vontade, sendo prescindível a tradição do objeto⁴⁶⁴.

Com o objetivo de fundar o estado de natureza é necessário estabelecer um governo, que só pode existir segundo a lei que determina sua existência, e como o governo é ente moral, não possui direitos, somente deveres, os quais são determinados pela razão da sua criação⁴⁶⁵. Por um outro lado existe o povo, detentor de direitos, que

⁴⁶⁰ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 19-22.

⁴⁶¹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 22.

⁴⁶² SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 23. O autor faz apenas uma ressalva, no sentido de que não é apenas o medo que une os homens, mas também uma esperança de atingir seus objetivos através da união social, ainda que de forma menos enfática.

⁴⁶³ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 23-24.

⁴⁶⁴ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedia, 2004, p. 466-467.

⁴⁶⁵ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 30.

se traduzem na ideia da propriedade, tanto das suas próprias ações pessoais quanto dos seus bens materiais⁴⁶⁶.

Os deveres podem ser resumidos “na manutenção dos direitos individuais, e da sua recíproca inviolabilidade”⁴⁶⁷. O instrumento que determinará os direitos e deveres correspondentes a estes dois elementos será a Lei Positiva⁴⁶⁸, que não pode ter outra função que não seja a proteção dos direitos individuais, sendo defesa a violação dos direitos naturais⁴⁶⁹.

É por isto que mais à frente Seabra demonstra acreditar que pouco cabe ao direito a responsabilidade direta sobre os efeitos e existência da desigualdade social, cabendo-lhe exclusivamente proteger o direito de propriedade, até mesmo daquele que não possui propriedade suficiente para ser protegida⁴⁷⁰.

Seabra, à imagem de Cardoso da Costa, utiliza a obra de Ahrens para construir uma perspectiva histórico-filosófica do direito de propriedade, posto que somente se faz remissão à explicação construída anteriormente. O autor admite coincidência da sua teoria com a de Ahrens, entretanto ressalva que isso se dá somente em certos princípios; por outro lado, o desenvolvimento, dedução de motivos e estilo divergem⁴⁷¹, demonstrando esforço consciente de demonstrar originalidade, contra-argumentar outros juristas e filósofos e produzir uma ideia autêntica.

O autor não deixa de fazer ressalvas ao direito de propriedade, salientando que é sempre condenável o abuso do direito, estabelecendo o limiar nos direitos

⁴⁶⁶ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 30-31.

⁴⁶⁷ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 31.

⁴⁶⁸ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 31.

⁴⁶⁹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 200.

⁴⁷⁰ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 50 e 77. “[...] Se é um mal, e de certo o é, que alguns careçam do necessario, quando outros têm mais do que precisam, - o que a justiça e o bom senso exige, é que se examine, se os que possuem essa desproporcionada fortuna, a possuem á custa dos que nada têm, ou têm menos; - em summa, se a usurparam, se a roubaram aos seus semelhantes. Se assim fosse, a restituição seria devida, o nivelamento das condições um acto de equidade.”

⁴⁷¹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 38-39.

equivalentes dos demais, haja vista que os direitos de todos têm igual valor perante seus titulares⁴⁷².

Seabra aborda somente de forma indireta a teoria adotada sobre a origem da propriedade até o capítulo VI, mas neste expõe de forma inequívoca que o seu fundamento tem de ser o trabalho, como único modo natural e originário para a aquisição da propriedade e concretização do direito de apropriação⁴⁷³, sendo que a ocupação é já o resultado e efeito de uma atividade humana anterior, mas a ocupação por si só não é suficiente para justificar a propriedade⁴⁷⁴.

Concluindo o capítulo sexto, Seabra afirma que os modos naturais de aquisição e transmissão da propriedade são: o trabalho⁴⁷⁵; a permuta; e por fim, a doação, incluindo-se aqui a sucessão⁴⁷⁶.

O trabalho, que é conceito importante na obra, pode ser concretizado de três maneiras diferentes: na ocupação, por meio da posse; na criação, aqui tratando especialmente das invenções, como propriedade industrial e autoral; na especificação e transformação do objeto⁴⁷⁷. Com isto, Seabra coloca a posse como um dos requisitos para a obtenção da propriedade, haja vista que, para ocupar, pressupõe-se a capacidade de possuir.

Ao desenvolver sua própria teoria acerca do fundamento da origem da propriedade, Seabra explica que em um primeiro momento na história da sociedade, a obtenção da propriedade através da ocupação era a mais comum, entretanto, com a organização social, ela deixa de ser suficiente e o princípio que legitima a aquisição é o trabalho, resultando em dois efeitos: que as coisas já ocupadas não serão sujeitas à nova

⁴⁷² SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 57.

⁴⁷³ PORTUGAL. **Actas das sessões da comissão revisora do projecto de código civil portuguez**. Lisboa: Editora Imprensa Nacional, 1869, p. 64. Seabra apresentou em seu anteprojeto do Código Civil de 1867, o direito de propriedade como “Direito de adquirir as cousas externas”.

⁴⁷⁴ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 62 e 63.

⁴⁷⁵ Considerando que o trabalho é o principal entre os três, o autor lhe dedicou todo o capítulo VII, que, entretanto, não traz contributos para esta pesquisa.

⁴⁷⁶ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 70.

⁴⁷⁷ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 135-136.

ocupação, restando somente as coisas *nullius*; que a ocupação não se pode concretizar em direito se não for “actual, permanente e visível”⁴⁷⁸.

Por conseguinte, a ocupação atual, permanente e visível se torna requisito para a manutenção da propriedade e isto nada mais é que a posse, portanto, é seguro dizer que a posse é necessária para a conservação da propriedade.

Nisto conclui-se a análise respeito da obra *A Propriedade*, onde pode-se ver em detalhes o pensamento de Seabra a respeito da propriedade e da posse. Trata-se de um autor com traços liberais e que se insere na época do individualismo, posto que busca sempre defender os direitos individuais, nomeadamente a propriedade, estabelecendo-a como um direito de origem natural, que a torna intocável aos arbítrios humanos, ainda que por meio da Lei.

De forma resumida, o autor se preocupa em criar um sistema que habilita o indivíduo a obter os meios para o fim, que é a sua sobrevivência e progresso, portanto estabelece como baluarte da sua teoria a necessária relação entre os meios e os fins. Para ele, o Homem somente consegue sobreviver, em um primeiro momento, e progredir em um momento posterior, se lhe for garantida possibilidade de agir no seu meio e conservar os frutos retirados das suas ações, que são seus por direito.

Estes direitos são observáveis e extraídos dos fenômenos naturais por meio da associação entre meios e fins, fundam-se na Lei da Natureza, são intemporais, absolutos e imprescritíveis⁴⁷⁹.

Haja vista que a associação entre meios e fins é crucial, natural, cabe ao direito garantir a sua máxima proteção. Quando o homem transita do estado Natural para o Social, ele transfere ao soberano tão meramente aquela parcela dos direitos naturais que é absolutamente necessária para a garantia da sua segurança e de gozo pacífico dos demais direitos.

Por isto, nem o soberano, nem a Lei têm a capacidade de atentar ou limitar os direitos naturais, pois estes não dependem daqueles para existirem. Os direitos naturais como intemporais e absolutos só podem ser restringidos na medida que sejam contrabalanceados pelos direitos individuais de outrem, individualmente, ou da sociedade, traduzida pelo bem comum.

⁴⁷⁸ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 141.

⁴⁷⁹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 7.

Apesar de reconhecer a existência de males sociais gerados pela má distribuição de riquezas e monopólios, aceita tão somente que o indivíduo seja obrigado a compartilhar o produto de sua riqueza por obrigação moral, não encontrando qualquer razão jurídica que o possa impor este dever⁴⁸⁰.

Para Cabral de Moncada é o autor mais completo, radical e convicto dentre os filósofos do direito dos meados do século XIX e maior modelo do liberalismo reformador e prático ainda derivado do jusnaturalismo. Encontrava-se em igualdade com Vicente Ferrer Neto Paiva e se este foi o grande teórico idealizador, Seabra foi o aplicador dos ideais defendidos por ambos, especialmente pela construção do Código Civil Português de 1867⁴⁸¹.

Por fim, urge falar a respeito do professor Vicente Ferrer Neto Paiva em razão da sua atuação como professor da matéria de direito natural, em especial na sua obra *Elementos de Direito Natural*⁴⁸².

As reformas na Universidade de Coimbra nas décadas de 30 e 40 conviveram com instabilidades sociais e políticas e com a decadência da elite tradicionalista representante da nobreza, no vácuo deixado ascendia a burguesia liberal. Neste cenário o trabalho de Ferrer Neto Paiva como representante do krausismo português se traduz em afastamento do liberalismo individualista radical e, por outro lado, uma progressão para um “liberalismo organicista harmônico”⁴⁸³.

A sua obra marca a introdução do krausismo na Universidade da Coimbra, onde havia iniciado como comentador da obra de Martini, mas que transcendeu e foi responsável por obra autêntica capaz de se equiparar a outros importantes nomes da academia europeia de seu tempo⁴⁸⁴.

Preliminarmente o autor constrói uma distinção entre direitos naturais absolutos e direitos naturais hipotéticos. Os primeiros são inferidos tão somente na

⁴⁸⁰ MONCADA, Luis Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1938, p. 55.

⁴⁸¹ MONCADA, Luis Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1938, p. 57.

⁴⁸² MARQUES, Mário Reis. **Do ‘Direito Natural’ à ‘Filosofia do Direito’: José Dias Ferreira**. in: *Nomos: revista portuguesa de filosofia do direito e do estado*. Amadora: António Braz Teixeira, p. 42. (38-55). Faz interessante reflexão sobre os títulos do autor que antes desta obra, que tem o subtítulo *ou de philosophia do direito*, havia escrito intitulada *Curso de direito natural, segundo o estado actual da sciencia, principalmente em Alemanha*, mas por fim, o seu título seguinte é *Noções fundamentais de philosophia do direito*. Isto porque neste momento se verifica uma certa mudança na forma como se produz a filosofia do Direito e sua influência sobre o direito positivo.

⁴⁸³ CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado: reflexos krausistas**. in: *Revista de História das Ideias*. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 162-163. (p. 161-197)

⁴⁸⁴ MONCADA, Luis Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1938, p. 41.

natureza humana e deles surge a capacidade do homem adquirir os demais direitos; os hipotéticos, por sua vez, derivam da natureza do Homem, mas dependem da superveniência de um fato para que sejam adquiridos. Ambos são universais no sentido de existirem em todos os Homens, entretanto, os absolutos competem a todos os Homens, apenas por serem Homens, e os hipotéticos dependem de certa circunstância⁴⁸⁵.

A princípio é possível notar semelhanças notáveis entre os conceitos de Vicente Ferrer e os de Seabra, em primeiro lugar, por considerarem a propriedade como um direito que contém outros tantos direitos, pois atua como uma liberdade de ação e de aquisição destes direitos⁴⁸⁶. Neto Paiva trata em menor profundidade o assunto, mas também escreve a respeito da relação da propriedade servir como forma do homem obter os meios para atingir seus fins⁴⁸⁷, como se vê:

Como a propriedade é o direito realizado, o *direito de propriedade* exprime evidentemente um direito para a realização d'um direito, i.é, contém as condições, pelas quaes uma pessoa póde pretender, que se lhe dê uma propriedade conforme ás suas necessidades. Por tanto o direito de propriedade comprehende as condições para a *acquisição, conservação e emprego* da propriedade; e por consequencia as *acções juridicas*, concedidas á pessoa competente já para a *acquisição*, já para a *reivindicação*, e já para o *uso* da propriedade⁴⁸⁸.

Com isto, o autor se mostra convencido de que o *direito de propriedade* provém diretamente da natureza humana, portanto é absoluto. Enquanto que a *propriedade de direito*, ou propriedade jurídica, já que depende de uma aquisição, de um ato ou um fato — uma união entre objeto e indivíduo — é um direito hipotético⁴⁸⁹.

Da mesma maneira que Seabra e Cardoso da Costa, Vicente Ferrer se questiona a respeito da origem da propriedade, ou seja, qual é o seu fundamento, sua justificação.

⁴⁸⁵ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 46.

⁴⁸⁶ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p.67.

⁴⁸⁷ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 68-69.

⁴⁸⁸ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 70.

⁴⁸⁹ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 70.

Para isto, vale-se da análise das mesmas teorias da ocupação, do trabalho, da lei e da convenção já expostas acima e produz sua análise crítica⁴⁹⁰.

A respeito da ocupação, o autor admite-a como a forma mais antiga de aquisição da propriedade e garante ao ocupante o direito de usar a coisa e ainda de opor sua posse, enquanto durar a detenção, em face de terceiros que queiram turbá-la ou espoliá-la. Com isto, conclui-se que durante a ocupação, o possuidor é verdadeiro senhorio e exerce sobre o objeto o seu domínio⁴⁹¹.

Todavia, a ocupação como causa da propriedade faz com que esta apenas dure enquanto houver efetiva detenção física, caso a posse seja perdida, desaparece a propriedade⁴⁹².

Haja vista que o domínio obtido através da ocupação é efêmero, é preciso que se aplique ao objeto uma especificação, um trabalho, para torná-lo duradouro. A transformação não só agrega valor à coisa, mas também assinala aos demais que aquela coisa possui um dono e que ocupá-la se traduziria em um abuso e lesão ao justo proprietário⁴⁹³.

Ao falar sobre o trabalho como condição para a manutenção da propriedade além da posse imediata, o autor estabelece não apenas uma conexão histórica entre as teorias da ocupação e da especificação, mas também um liame lógico. Vale dizer, a teoria da especificação surge como um complemento ao da ocupação e então a posse como detenção direta e imediata deixa de ser requisito para a propriedade, que se mantém pelo trabalho do seu titular.

Disto, Vicente Neto Paiva conclui que devem existir três requisitos para a aquisição e manutenção da propriedade, quais sejam: apreensão; ânimo de aquisição, que é demonstrado pela especificação; e possibilidade jurídica de ocupação⁴⁹⁴.

O autor concorda na conceituação de que o domínio é o direito de dispor da coisa com exclusão dos outros e divide este direito em três faculdades: possuir; usar; e

⁴⁹⁰ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 71 e ss..

⁴⁹¹ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 76.

⁴⁹² PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 77 e ss.

⁴⁹³ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850, 1844, p. 77.

⁴⁹⁴ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 77-79. São passíveis de ocupação: as coisas *nullis*, que não são de ninguém; coisas que têm uso exaurível em exclusão aos outros, excluindo-se, portanto, bens difusos, como o Sol, o mar etc.; objetos que podem ser sujeitos à apreensão e especificação.

de dispor da substância da coisa⁴⁹⁵. A posse, por sua vez, é conceituada de forma bipartida, como fato e como direito: é fato pela detenção física e pode preceder o domínio; e é direito como faculdade de reter a coisa, o que se inclui no direito de propriedade⁴⁹⁶.

Nesta concepção de Neto Paiva, o direito de possuir consiste em manter o exercício do domínio, em exclusão dos outros, portanto consiste em defender sua posse contra quem a pretenda esbulhar ou reclamar de quem injustamente a subtraiu⁴⁹⁷.

Vicente Ferrer aceita divisões da posse em: de boa-fé ou de má-fé; corporal ou mental, quando existe posse física ou não; jurídica ou natural; verdadeira se a coisa é corpórea, ou analógica ou quase posse, se é incorpórea, como um direito⁴⁹⁸.

O direito de usar, a seu turno, se desdobra em outros cinco direitos: usar a coisa no sentido estrito; direito de usufruir, no sentido de aproveitar-se de seus frutos; direito de obstar que outros façam uso dela⁴⁹⁹; direito de alienar o objeto; direito de se abster do uso destes direitos⁵⁰⁰.

Por fim, o direito de dispor da substância da coisa compreende: direito de especificar a coisa por meio do trabalho; o direito de consumir o bem; “o direito de destruir a coisa por mero capricho e abuso”⁵⁰¹; o direito de abandonar a coisa absolutamente; o direito de ceder ou alienar o domínio da coisa ao todo ou em parte⁵⁰².

⁴⁹⁵ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 76.

⁴⁹⁶ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 85. “A *posse* póde considerar-se ou como a simples *detenção*, i.é, como um facto, pelo qual alguém retem debaixo do seu poder physico a coisa; ou como uma *faculdade moral* de reter a coisa, i.é, como um direito (§25). Considerando do primeiro modo, póde preceder o dominio, e ser um acto preparatório d’elle (§116.): considerada como um direito, contém-se no dominio ou na propriedade; porque a posse justa só pode competir ao senhor da coisa.”

⁴⁹⁷ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 85. O direito de defesa utilizado por outros autores aparece em seção separada, como forma de garantia dos direitos na página 183 (165).

⁴⁹⁸ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 86.

⁴⁹⁹ Nota-se aqui uma certa falta de sistematização, pois esta faculdade já está incluída no direito de possuir, como exposto pelo próprio autor.

⁵⁰⁰ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 86-87.

⁵⁰¹ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 87. O autor faz a ressalva de que apesar do ato não ser juridicamente reprovável, falha com os deveres da moral.

⁵⁰² PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 87.

Considerando que na posição de senhorio se pode alienar todos os direitos do domínio ou apenas parte deles, o domínio se divide em pleno e menos pleno⁵⁰³, instituto que será visto mais à frente.

Interessante ressaltar que Vicente Ferrer Neto Paiva se posiciona contra o instituto da prescrição, dizendo que esta não pode ser aceita pelo direito natural. Sustenta que a razão jurídica não pode marcar o espaço de tempo necessário para o período que ocorre a usucapião e chama de falível a ideia de que se pode presumir que o proprietário abandonou a coisa. A única exceção para isto é a prescrição imemorial, mas salienta que neste caso é porque a coisa é obtida como se *nullius* fosse⁵⁰⁴.

Com isto, conclui-se a análise dos autores que influenciaram aquela época em relação à construção conceitual da propriedade como um direito natural. Verifica-se que estes quatro autores se encontram em proximidade conceitual, de forma que se pode ver que consultaram os mesmos autores e compartilharam opiniões a respeito da propriedade e da posse.

Os autores concordam que a propriedade é, de fato, um direito natural, portanto é inerente ao homem, sem condição anterior, e isto pode ser observado através do exame dos fenômenos naturais. Em especial Seabra e Vicente Ferrer explicam que esta investigação se extrai da ligação entre o Homem e seu fim, este que é a sobrevivência e progresso, e a propriedade é o meio que conecta o indivíduo ao seu objetivo de existir e evoluir.

Como direito natural, a propriedade existe de forma anterior aos homens e suas leis. Desta forma, para que o direito positivo seja válido, ele deve estar conforme o direito natural, colocando a propriedade em posição de mais alta proteção, aceitando restrições tão somente naquilo que seja aceito socialmente. Neste ponto, os quatro autores subtraem da filosofia contratualista a cessão de parcela de direitos individuais dos súditos ao soberano, para que este possa garantir a defesa da parcela restante dos direitos que não lhe foi transferida, tendo na parcela restante o seu limite de atuação.

Portanto, para todos os quatro, a propriedade merece a maior proteção possível a qualquer momento, aceitando-se tão somente limitações que se justifiquem naquela parcela residual da função do soberano, que deve ser operada da forma mais moderada possível, sob pena de ser considerada atitude tirânica. Desta maneira, os quatro

⁵⁰³ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 87-88.

⁵⁰⁴ PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural:** ou de Philosophia de Direito. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 89-90.

subtraem do alcance da Lei o fundamento da propriedade, ficando esta em posição inatacável.

Ainda é interessante notar que apesar das notas liberais que se percebe dos autores comentados, até o que pode ser considerado o mais liberal deles, Silvestre Ferreira, tem uma preocupação com o fim útil da propriedade e da sua função social, e embora a sua concepção natural seja de absoluta e conceituação seja individualista, ela é temperada com com a sujeição ao interesse social. Como aponta Maria Calheiros, isto se justifica com o influxo krausista e sua conexão com o reformismo social, que entre outros efeitos, introduz a função social da propriedade⁵⁰⁵.

É a partir destes princípios gerais que os institutos de direito privado serão construídos, que estas bases axiológicas serão desenvolvidas e estarão presentes na legislação futura.

5.2. Conceituação

Mello Freire estabelece o que é o domínio da seguinte forma:

“§ 1 – A principal espécie do direito *in re* (real) é o domínio, pelo qual entendemos o direito de dispor livremente da coisa, receber a sua utilidade, excluir os outros do seu uso, e reivindicá-la de quem quer que seja[...]”⁵⁰⁶.

A definição operada por Mello Freire é sucinta e contempla ainda os direitos subjetivos dos titulares sobre as coisas⁵⁰⁷, os demais autores irão desenvolver e complementar a sua concepção.

De acordo com Cardoso da Costa, a propriedade encontra relação profunda com a natureza e com o corpo humano, este que é o primeiro bem de cada um. Com isto

⁵⁰⁵ CALHEIROS, Maria Clara. **A filosofia jurídico-política do krausismo português**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 103-104.

⁵⁰⁶ FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 161, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 52 (89-200). Conforme Ordenações Filipinas L. 4 tit. 36, § I, no fim, tit. 43, § II, e L. 5, tit. 86, § 8.

⁵⁰⁷ Os autores em regra não divergem a respeito do conceito de “coisa”, em geral concordando que é aquilo que pode integrar e aumentar o patrimônio individual, sendo objeto de direitos e possui utilidade na vida humana. FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 161, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 39; TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentário às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 2; CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 2; ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 49.

profere a sua definição de ser a faculdade de gozar com exclusividade daquilo que é produto do seu trabalho e de seu intelecto⁵⁰⁸.

Nota-se a influência da doutrina Hobbesiana a respeito da propriedade primeira do próprio corpo e, conseqüentemente, dos seus frutos, bem como o caráter individualista da propriedade, que é conceituada, nuclearmente, como uma faculdade exclusiva do titular, ou seja, que permite ao proprietário excluir qualquer outro do seu uso, bem como afastar limitações operadas pelo Estado.

Lobão, por sua vez, divide o domínio em duas espécies, o eminente e o particular, aquele é reservado ao Rei e compreende poderes de apropriação, imposição de tributos, proibir caças ou limitar tipos de construções. O particular, que interessa mais ao propósito desta pesquisa, não possui uma conceituação nos seus escritos, que assumem postura mais prática e falam logo a respeito dos fundamentos da propriedade, quais sejam, o direito natural e o Divino Criador, e também dos seus efeitos, ou faculdades⁵⁰⁹.

Correia Telles apresenta a definição de propriedade no tomo I do *Digesto Portuguez*, onde o autor trata dos direitos e obrigações: “Propriedade é o direito de gozar de uma cousa e dos seus accessorios e rendimentos, com exclusão dos outros; e de poder dispôr della como melhor parecer ao proprietario”⁵¹⁰.

Acrescenta ainda que qualquer outra coisa que garanta vantagens ao seu proprietário em exclusão ao demais pode traduzir-se em objetos sujeitos à propriedade, até mesmo direitos e ações⁵¹¹.

Liz Teixeira separa o seu conceito em amplo e estrito, sendo que, no amplo, a propriedade é tudo o que forma o patrimônio pessoal, tanto corpóreo quanto incorpóreo; no sentido estrito é o direito de domínio que pode ser exercido por alguém sobre algo

⁵⁰⁸ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 80 (notas).

⁵⁰⁹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 79-81.

⁵¹⁰ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 116.

⁵¹¹ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p 117.

que lhe pertença, o qual pressupõe outros direitos elementares, os quais serão tratados mais à frente⁵¹².

Borges Carneiro não busca uma definição do domínio, mas sim expõe sobre os direitos que a natureza do domínio confere ao possuidor sobre a coisa, o direito de dispor dela e usá-la com a exclusão de outrem, mas além disto, acrescenta os poderes do proprietário, quais sejam, de desfrutar, alienar e reivindicar de qualquer outro possuidor⁵¹³.

Coelho da Rocha considera que a propriedade em sentido lato é basicamente o patrimônio, tanto corpóreo e incorpóreo, enquanto que no sentido estrito se pode chamar também de *dominium*, é o direito de usar e dispor de uma coisa de forma livre e com a exclusão dos demais⁵¹⁴. Outrossim, a propriedade é por sua natureza um direito irrevogável ou irresolúvel, exclusivo e em geral ilimitado⁵¹⁵.

Coelho da Rocha, por fim, cita duas exceções a esta regra, que provêm sempre da lei e da vontade das partes, hipóteses nas quais a propriedade deverá ser chamada de *revogável* ou *resolúvel*. Poderá ser resultado da vontade das partes quando o instrumento contratual prever uma cláusula resolúvel ou, como o autor designa, “*de retro*”, quando o vendedor pode resolver o negócio jurídico e reivindicar sua propriedade. A causa legal, por sua vez, se dá quando prescrito expressamente o caso concreto em lei, citando o caso de ingratidão na doação⁵¹⁶.

Durante a pesquisa foi consultado o dicionário jurídico elaborado por Joaquim José Caetano Pereira Sousa, advogado na Casa da Suplicação, no qual são expostos

⁵¹² TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. p. 32-33.

⁵¹³ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 37, 38. Mais para frente o autor apresenta outros direitos garantidos ao autor.

⁵¹⁴ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 318. “Propriedade, no sentido lato, diz-se tudo o que faz parte da nossa fortuna, ou patrimônio: tudo o que nos pertence, seja corporeo, ou incorporeo. No sentido estrito diz-se *propriedade (dominium)* o direito de usar e dispor de uma cousa livremente, com exclusão de outros. O direito de propriedade contém para assim dizer, um complexo de direitos parciaes, como o de dispor da cousa, de usar, de alienar, de a desfructar, de a possuir, e outros, os quaes se podem ainda decompor. Quando estes direitos parciaes competem todos á mesma pessoa, diz-se que ella tem a *propriedade livre*; ou *perfeita (dominium plenum)*. Porém muitas vezes estes direitos acham-se, ou divididos por diferentes pessoas, ou ao menos restrictos pelos direitos, que outrem exerce sobre a mesma cousa, e neste caso diz-se *propriedade dividida, limitada, imperfeita, ou gravada (dominium minus plenum)*. Outras vezes a propriedade, quer livre, quer limitada, compete a muitas pessoas *pro indiviso*, e então diz-se *propriedade commum*[...]”

⁵¹⁵ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 320.

⁵¹⁶ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 320.

alguns conceitos que, via de regra, seguem as linhas gerais dos autores expostos até a sua publicação, em 1825: “[...] O dominio no sentido que aqui lhe damos define-se como o direito sobre cousa corporal que dá a faculdade de dispôr della, e revendica-la, se lhe não oppõe Lei, convenção, ou ultima vontade”⁵¹⁷ e a “*Propriedade* he o direito que cada hum dos individuos, que huma Sociedade civil he composta, tem sobre os bens que adquirio legitimamente. A defeza dos direitos da propriedade he a coiza mais apreciavel depois da defeza da Religião, independencia da Monarchia, honra, e vida[...]”⁵¹⁸

5.2.1. Síntese conclusiva

Não se encontra em todos os autores uma separação rígida entre a definição da propriedade ou domínio e os seus poderes. Liz Teixeira e Coelho da Rocha apresentam ideias bem semelhantes de maneira a separar as noções de propriedade e a de domínio, ao separarem o que é patrimônio do que é parte do direito.

A exclusividade na disposição da coisa objeto se torna comum nas definições a partir de Cardoso da Costa, não sendo visto apenas em Lobão, que comenta Mello Freire, podendo ser considerado como resultado direto da Revolução de 1820.

Coelho da Rocha traz ainda elementos importantes para a definição e construção da teoria, ao incluir no conceito o fato de o domínio ser por natureza irrevogável ou irresolúvel, exclusivo e em geral ilimitado.

5.3. Dimensão subjetiva

Como dimensão subjetiva entende-se os direitos que o detentor da propriedade pode exercer pela sua posição de senhorio em relação ao objeto e a terceiros. Alguns autores denominam de efeitos, outros de faculdades ou poderes, pelo que serão incluídos neste ponto os aspectos relativos à dimensão subjetiva do domínio.

Mello Freire trata dos direitos subjetivos como efeitos do domínio, sendo o primeiro de livre disposição da coisa, incluindo sua alienação e o segundo, a reivindicação judicial ou defesa extrajudicial, nos casos previstos em lei⁵¹⁹.

⁵¹⁷ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes**. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, n.p.

⁵¹⁸ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes**. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, n.p.

⁵¹⁹ FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 52.

Ao tratar acerca dos poderes do proprietário, Cardoso da Costa os insere na sua árvore do projeto do código civil dentro do ramo correspondente ao Processo Civil e que possui duas divisões, no “estado de saúde”, e no “estado de enfermidade”, que diz respeito ao uso livre e desembaraçado ou à sua supressão, respectivamente. Neste sentido, o autor lista as faculdades: (i) gozar; (ii) excluir os demais; (iii) dispor; (iv) transferir⁵²⁰.

Para Lobão, os efeitos são quatro: alienar livremente, nos limites da lei ou vontade das partes; defender contra invasor, ainda que pela força; reivindicar do injusto possuidor; e por último, que aquele que venha a encontrar coisa alheia, uma vez que conheça o proprietário, deverá pôr em prática todos os esforços para lhe restituir⁵²¹. Na leitura de outra obra sua, o *Tractado historico, encyclopedico, critico, practico, sobre todos os direitos relativos a cazas, quanto às matérias civis e criminaes*, é possível extrair que o autor expande estes poderes incluindo o de edificar no seu terreno, que considera derivar de uma liberdade natural⁵²².

Aqui é interessante que Lobão é o primeiro dos autores comentados a incluir explicitamente os limites para o exercício do primeiro poder também a vontade das partes, não somente a lei; além disto, inova no último efeito, que na verdade se aplica a todos os terceiros, exceto ao proprietário, que se beneficiará da conduta dos demais.

Em Correia Telles é preciso fazer um exercício de interpretação para listar os poderes dados ao proprietário. Da definição extraída do mesmo autor é possível detectar o poder de gozar dos seus rendimentos, assim como poder dispor do objeto livremente⁵²³. O direito de reivindicação vem singularizado na seção IV do título que trata da propriedade e decorre da faculdade que o proprietário tem de se valer da ação de

⁵²⁰ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 175.

⁵²¹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 81.

⁵²² LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tractado historico, encyclopedico, critico, practico, sobre todos os direitos relativos a cazas, quanto às matérias civis e criminaes**. Lisboa: imprensa régia, 1817, p. 56-57.

⁵²³ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 116.

reivindicação, comprovando sua propriedade por meio de título justo e válido, para obter a posse, onde o autor aproveita para expor o direito processual consequente⁵²⁴.

Liz Teixeira elabora o poder de livre disposição do bem no sentido de destinação e de transmissão para outrem, desde que se aja dentro dos limites legais, cita proibições de plantar produtos ilegais⁵²⁵.

Poder de reivindicação do bem, vale dizer, de perseguir o bem quando injustamente possuído por outro, salienta Liz Teixeira, deve ser judicial, ou seja, não se pode fazer uso da força, deve-se lançar mão das ações reais, conforme as Ordenações Filipinas L. 4 T. 58. § 2. Contrariamente, prevê a possibilidade de uso da força, excepcionalmente, contanto que seja para repelir ato de terceiro que também se vale da força, e seu ato de oposição decorre não só do seu atributo de proprietário, mas também de possuidor⁵²⁶.

Na obra de Borges Carneiro, o atributo primeiro e fundamental para o domínio é também a faculdade de se utilizar do objeto, assim como dispor dele de maneira livre, inclusive impondo ônus, como por hipoteca, e transmiti-lo por sucessão, ainda que disso resulte prejuízo de outrem, em vista que “regularmente quem usa do seu direito não faz injúria a ninguém”⁵²⁷.

O segundo atributo do proprietário é o de abusar do objeto, autorizando o senhorio a inclusive dissipá-lo, sendo defeso somente se causar dano ao Estado⁵²⁸.

Existe ainda o atributo de desfrutar, que significa perceber dela todas as suas utilidades e frutos. Conceitua-se por fim o atributo de defesa, para protegê-la de agressão injusta, quando se detém a posse. Por fim, o que o autor chama de *perda e risco*, que incumbe o proprietário de suportar os danos ou prejuízos causados ao seu bem no caso de perecimento não doloso, resumindo o princípio *res periti domino*⁵²⁹.

⁵²⁴ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Português:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 136 e ss.

⁵²⁵ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 33.

⁵²⁶ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 34.

⁵²⁷ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal.** Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 40.

⁵²⁸ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal.** Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 41.

⁵²⁹ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal.** Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 42-43.

Estes são os cinco atributos que têm o proprietário: usar; abusar; desfrutar; defender; e perda e risco. Estes são conceituados em separado daquilo que o autor chama de direitos do proprietário, que apesar de semelhantes na ideia, seguem classificação diferente, são: reivindicar; excluir; direito de haver as acessões e produções da sua coisa; desfrutar; e o direito de fazer no seu quaisquer atos⁵³⁰.

O direito de reivindicar garante ao senhorio demandar em Juízo a sua propriedade de qualquer possuidor sem justo título por meio da ação de reivindicação, uma das ações reais⁵³¹. Em segundo lugar, o direito de excluir os demais da sua utilização, gozando com exclusividade, acrescentando ainda as penas para sua violação, tanto civis quanto penais⁵³².

O direito de haver as acessões e produções da coisa confere ao dono a propriedade de todos os seus acessórios, pertences, incrementos, utilidades, frutos e produções de qualquer natureza, natural, humana ou “mista”⁵³³. Por fim, o direito de fazer no seu quaisquer atos engloba o senhorio poder praticar no objeto qualquer obra urbana ou rústica, da maneira que preferir, edificar até qualquer altura ou escavar até a maior profundidade⁵³⁴.

O autor defende que o direito de fazer no seu quaisquer atos inclui a prática de “actos estrondosos”⁵³⁵ e o ônus para que os demais tolerem prejuízo pelo uso que o proprietário faz do seu imóvel, tendo em vista que é tão somente ocasional e que o regular exercício do direito não pode causar a ninguém algum tipo de injúria⁵³⁶. Pode o senhorio ainda agir de forma que corte ou interrompa as veias de um poço ou fonte de água de um terreno vizinho, causando sua total privação por secá-los, pois poderia também o vizinho fazer o mesmo, caso o contrário fosse⁵³⁷.

⁵³⁰ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 40-48.

⁵³¹ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 43.

⁵³² CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, pp. 56-59.

⁵³³ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, pp. 67.

⁵³⁴ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 164.

⁵³⁵ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 164.

⁵³⁶ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 165.

⁵³⁷ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 167.

As exceções para estes exercícios do direito são casos extremos, onde os prejuízos são excessivos por um lado e pequenos os benefícios pelo outro. Isto se vê nas obras consideradas voluptuosas ou “caprichosas” que prejudiquem ou possam causar prejuízo ao vizinho, situação qual autoriza a ação de dano infecto, podendo-se pedir caução pelo dano infecto⁵³⁸.

Além disto, lista outras exceções ao exercício da liberdade, a primeira delas é a emulação, que previne que tais obras que ocasionem prejuízo ao prédio vizinho sejam feitas com dolo para prejudicar e molestar o proprietário do terreno vizinho, sem retirar do ato em si qualquer utilidade ao terreno. A emulação não se presume, salvo se já existir inimizade anterior entre os vizinhos⁵³⁹. Exceção também caso haja lei, estatuto ou costume que ordena a restrição⁵⁴⁰.

Seabra, por sua vez, não entra em detalhes a respeito do tema, sendo necessário extrair do seu texto aquilo que se pode interpretar e servir como pressupostos aos direitos subjetivos. O primeiro deles trata a respeito da livre disposição, pois trata da ação que o homem tem para intervir no seu ambiente e apropriar-se de bens, assim como especificá-los⁵⁴¹.

Ademais, sustenta a necessidade de proteção do direito por parte do estado, tendo em vista que para cada direito individual, segundo ele, existe uma correspondente obrigação do Estado⁵⁴². Portanto, parece concordar com os demais autores no sentido de necessitar da existência de uma faculdade de recurso ao poder estatal para manutenção e proteção do direito de propriedade, o que mais a frente será incluída ao Código Civil Português de 1867 como direito de defesa, no artigo 367.⁵⁴³

Na construção de Coelho da Rocha, o principal poder do proprietário é o de uso livre e exclusivo. Afinal, é da sua essência da propriedade ser privada e, embora ela

⁵³⁸ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 167-168.

⁵³⁹ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 171-172.

⁵⁴⁰ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p.172.

⁵⁴¹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade: philosophia do Direito**. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 9-10, 30-31, 42.

⁵⁴² SEABRA, António Luiz de. **A propriedade: philosophia do Direito**. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 30-31.

⁵⁴³ PORTUGAL. **Codigo Civil Portuguez**. 2.^a ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, p. 68.

possa ser modificada também por relações contratuais, como na enfiteuse, ela não deixa de existir, já que o enfiteuta dispõe do domínio útil⁵⁴⁴.

Nota-se que é a perspectiva privada da propriedade que recebe o maior relevo, a qual garante poderes ao seu titular para a exclusão dos demais, pois é da sua «essência» ser privada.

Além disto, possui mais cinco faculdades: 1.º alienar ou dispor arbitrariamente de seu bem e acessórios até mesmo ao ponto de danificá-lo ou destruí-lo por completo, contanto que resguarde os direitos de outrem e disposições legais; 2.º possuir por si ou por outrem e empregá-lo em quaisquer usos, e aqui o autor prevê a possibilidade deste uso resultar prejuízo a terceiro, desde que não seja feito com dolo; 3.º exclusão de terceiros do seu uso, ainda que desse uso não lhe resulte prejuízo; 4.º perceber todos os frutos e interesses produzidos; 5.º promover sua defesa pelos meios legais⁵⁴⁵.

A ferramenta prevista para repelir agressões aos direitos do proprietário é a ação de reivindicação, na qual tem legitimidade o detentor de ao menos um dos direitos de proprietário, vale dizer, tanto o proprietário perfeito quanto o imperfeito, como o enfiteuta; que tenha justo título que lhe conceda a propriedade, desde que o réu não ostente melhor título; e pode ser ajuizado em desfavor do possuidor ou daquele em nome de quem o réu declare possuir⁵⁴⁶.

4.3.1 Síntese conclusiva

Mello Freire fala sobre apenas dois *efeitos* do domínio, a livre disposição e o direito de defesa, que se subdivide na defesa extrajudicial e a reivindicação judicial.

Lobão reduz o primeiro dos *efeitos* à alienação livre e aparta completamente o poder de defesa e de reivindicação. O último, que trata da restituição por terceiro, é seu

⁵⁴⁴ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 318-319.

⁵⁴⁵ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 320-321.

⁵⁴⁶ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 322-324. Nesta ação o autor pode pedir: “1.º a propria cousa com suas pertenças 2.º ou a sua estimação, se o réo dolosamente a alienou exceto se, tendo sido alienada depois de intentada a acção, o autor quizer antes pedil-a ao novo possuidor, quando ella era sabedor do litigio; 3.º e os fructos, sendo o possuidor de má fé; 4.º bem como as deteriorações, ou damnos; 5.º É obrigado a repor: a) as bemeitorias *necessarias* sempre, excepto ao ladrão; b) as uteis ao possuidor de boa fé: o de má fé pode levantal-as, se isso for possível sem detrimento da cousa c) o possuidor de boa fé, por titulo gratuito, de cousa movel, furtada, deve resituil-a sem indemnização; mas se a adquiriu por titulo oneroso, pôde repetir o embolso de tudo o que ella lhe custou. Presume-se de má fé a aquisição daquelle, que comprou a cousa a pessoa suspeita, que não é de condição e estado, que tenha taes cousas; - que nellas não costuma negociar; - que não declara a pessoa, ou a maneira, por que a houve: mas não assim, se a comprou em feira, mercado, ou loja, onde taes cousas se costumam vender”.

contributo mais original ao direito português, pois este efeito tem impacto em um terceiro, que é inclusive indeterminado e lhe atribui uma obrigação geral de restituição dos bens que não sejam seus.

Liz Teixeira, na função de comentador, não apresenta novos *poderes*, entretanto analisa aqueles de Mello Freire. Na livre disposição inclui a destinação, no sentido de utilização, e a transmissão tem de ser dentro dos limites legais; a defesa extrajudicial somente pode se valer da força nos casos em que o invasor também dela se utilizar, nos demais casos ela necessariamente será judicial.

Cardoso da Costa defende que os *poderes* estejam na seção do processo civil pois as suas violações terão correspondentes remédios processuais. O poder de excluir os demais é, essencialmente, o de defesa, entretanto é mais uma evidência da progressiva transformação da propriedade num instituto cada vez mais privado.

Borges Carneiro certamente possui o sistema mais extenso, estabelece um atributo fundamental, três atributos e cinco direitos. Acima de todos, o atributo elementar de utilizar do objeto e dispor dele de maneira livre, inclusive por transmissão, de certa forma contém os demais atributos e direitos e deve ser considerado com um núcleo duro e inatingível da propriedade.

Os atributos (abusar, desfrutar e defesa;) e os direitos (desfrutar, reivindicar, excluir, direito de haver as acessões e produções da sua coisa e direito de fazer no seu quaisquer atos) são dificilmente individualizados e o autor falha em apresentar uma distinção teórica entre todos, posto que dificulta a compreensão da sua exposição.

A interpretação dos escritos de Seabra permite perceber que ele utiliza os mesmos direitos subjetivos que seus antecessores haviam construído como plano de fundo da sua teoria, portanto não traz novos elementos, apenas confirma o direito de utilizar e o de defesa.

Coelho da Rocha, por sua vez, elege que a essência da propriedade é ser privada, por isto, deve-se dotar o proprietário com o uso livre e exclusivo, ainda que de forma arbitrária e sob o risco de causar prejuízo a outrem.

5.4. Propriedade comum e privada

Este tópico será dedicado à divisão das coisas em razão do proprietário⁵⁴⁷, onde será tratado a respeito da forma como eram abordadas as propriedades que eram privadas, públicas ou comuns.

Mello Freire trata do assunto no seu livro III, *Do Direito das Coisas*, Título I, *da Divisão e Qualidade das Coisas*, e comenta que uma das divisões do domínio seja em coisas comuns, públicas, da universidade e de cada um (privada). Neste sentido, num exercício de uso moderno, ele compara as concepções do seu tempo com as romanas, e para os romanos as coisas comuns eram aquelas cuja propriedade deve ser considerada *nullius*, i.e, não podem ser detidas por um titular, como o ar, a água corrente e o mar⁵⁴⁸. Por outro lado, o bem público é o qual é de titularidade da coletividade, do povo, e exemplifica com os rios e portos⁵⁴⁹. Os bens da universidade têm como proprietário uma subdivisão territorial, como uma cidade ou povoação, e.g. teatros e estádios, estando sujeitos ao império do príncipe, mas não ao seu domínio⁵⁵⁰.

Alternativamente, no direito português era aceita a ocupação de mares próximos a litorais e estavam sujeitos ao domínio privado⁵⁵¹, ao mesmo tempo que se consideravam os rios e portos como bens Reais⁵⁵². Dentro dos bens da universidade acrescenta-se ainda os pastos comuns ou divisos, conforme Ord. liv. 4, tit. 43, § 12, sendo apenas da municipalidade, não públicas ou do Rei, e por fim, “[...] as coisas de *cada um*, fãcilmente todos os entendem”, que o autor não explana, portanto fica reservada a um caráter residual⁵⁵³.

Cardoso da Costa, ao traçar as linhas gerais do código civil português, parte da teoria do contratualismo para estipular a separação entre a propriedade pública e aquela que é privada, de forma que não se misturassem, e que a Autoridade Pública pode tão

⁵⁴⁷ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, pp. 20 e ss; ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo I. 3^a ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 50.

⁵⁴⁸ *Institutas* L. 2 § I tit. *de rerum divisone*.

⁵⁴⁹ *Institutas* L. 2 §§ 2 e 6 I tit. *de rerum divisone*.

⁵⁵⁰ FREIRE, Pascoal José de Mello. **Instituições de Direito Civil português**: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 47.

⁵⁵¹ Ordenações Filipinas liv. 2, tit. 26 §§ 8-10; Carta de Lei de 18 de março de 1605, que complementa a de 9 de fevereiro de 1591.

⁵⁵² Ordenações Filipinas liv. 2, tit. 26 §§ 8-9.

⁵⁵³ FREIRE, Pascoal José de Mello. **Instituições de Direito Civil português**: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 47.

somente interferir naquela parcela que lhe foi transferida pelos cidadãos, ao mesmo tempo que a parcela restante era da sua função proteger⁵⁵⁴.

Lobão considera a divisão de Mello Freire um tanto confusa, deficiente de clareza e se propõe a clarificar o assunto⁵⁵⁵. Acrescenta o autor que as coisas comuns são desta natureza essencialmente por não poderem sofrer ocupação e ser reduzidas a domínio, por isto se tornam *res nullius* e comuns. Por outro lado, existe uma importante ressalva sobre o domínio do ar quando se trata da área onde se encontra bem imóvel, já que é proibido que outro indivíduo construa ou ocupe o espaço abaixo ou acima da propriedade, ou “[...] tudo o inferior até o inferno, e todo o *ar* superior até o Ceo[...]”.

No que tange às coisas públicas o autor admite o foco em matérias mais práticas do direito, as quais Mello Freire havia se distanciado, e trata sobre as diferenças entre estradas e ruas públicas e álveos e ribanceiras de rios públicos⁵⁵⁶.

Liz Teixeira contextualiza o tema ao dizer que os romanos dividiam as coisas em *res singulorum* e *res non singulorum*. Subdivisões desta incluem: as coisas comuns, de todos; *res publicae*, que pertencem ao povo ou nação; por fim, a *res universitatis*, que pertencem a muitos indivíduos que formam um corpo ou associação⁵⁵⁷.

Coelho da Rocha salienta uma clara definição das propriedades pública, privada e comum, ao utilizar-se da conceituação da propriedade e dos poderes do proprietário e ao sustentar que ninguém pode obter a propriedade do ar, a título de exemplo, pois não é possível executar o poder central do domínio, qual seja, excluir os demais da sua utilização⁵⁵⁸.

Os demais autores não referidos neste subtópico não elaboraram material suficiente para contribuírem neste assunto.

⁵⁵⁴ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 143-144. “Partindo destes principios, será nossa invariavel estrella na organização do Código Civil, não tocar de fôrma alguma nos direitos dos cidadãos, que elles terião, se a Sociedade Civil não houvesse, senão naquella restrictissima parte, que for indispensavel, para se obeterem os fins sociaes”.

⁵⁵⁵ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 33.

⁵⁵⁶ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 43-55.

⁵⁵⁷ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentário às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 19.

⁵⁵⁸ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 319.

5.5. Propriedade plena e não plena

Outra divisão do domínio é o do domínio pleno e não pleno; ou perfeito e imperfeito, que vale dizer é aquele que divide o domínio pleno entre o domínio útil e o domínio direto, que por sua vez serão exercidos por titulares diversos.

Mello Freire defende que esta divisão ocorre tão somente na enfiteuse, tendo em vista o fim do sistema feudal e especificamente em relação ao domínio existente nos bens da Coroa ou nos morgados, explica que se trata de “verdadeiro domínio, mas menos amplo”⁵⁵⁹. Lobão aponta certa contradição nos textos de Mello Freire⁵⁶⁰, que mais à frente, no Livro III, título IX, § 28 expõe “Por mim reconheço no possuidor o domínio verdadeiro e perfeito, mas restrito, temporal e ajustado à natureza e condição especiais desses bens”⁵⁶¹.

Lobão, na sua postura crítica dos ensinamentos de Mello Freire, diz que esta distinção entre o domínio pleno e menos pleno é na verdade retirada de Heineccius⁵⁶², mas que aquele não citou a fonte⁵⁶³. O autor ainda acrescenta outras divisões do domínio: verdadeiro e ficto; natural e civil.

O domínio verdadeiro é aquele que possui origem em um justo título, enquanto o ficto, de acordo com Lobão, toma forma com a autoridade da lei, nos casos por ela previstos, e o caso que cita como exemplo é a fraude contra credor, estabelecendo que o credor prejudicado possui a propriedade ficta sobre o bem alienado de forma fraudulenta⁵⁶⁴. Por outro lado, “O *natural* pertence á mulher, que constitue o immovel em Dote; e o dominio *civil* de hum semelhante dote pertence ao marido”⁵⁶⁵, que não é uma definição muito clara, entretanto outros autores a tratam mais profundamente.

⁵⁵⁹ FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 53.

⁵⁶⁰ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 83.

⁵⁶¹ FREIRE, Pascoal José de Mello. **Instituições de Direito Civil português**: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 166, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 82.

⁵⁶² HEINECCIUS, Johann Gottlieb. **Elementa juris naturae et gentium**. Venetiis: ex Typographia Balleoniana, 1791, pp. 219-220.

⁵⁶³ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 83.

⁵⁶⁴ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 83.

⁵⁶⁵ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das

Correia Telles trata do assunto de maneira mais simplificada, reduzindo a propriedade plena à capacidade de alienar o bem prescindindo do consentimento de um terceiro. Igualmente, se se tiver de dar preferência a outrem na venda, a propriedade é semiplena⁵⁶⁶.

Este autor não trata sobre o assunto diretamente no tomo III, comenta somente dos institutos práticos e dos contratos, de onde se pode extrair algumas semelhanças quando explica, por exemplo, dos poderes do usufrutuário, que pode usar e retirar os frutos do objeto⁵⁶⁷, o de reivindicá-lo de outro possuidor, inclusive fazendo uso das ações reais,⁵⁶⁸ valendo-se do conceito de “domínio direto” durante sua explanação⁵⁶⁹.

Outros autores, como Liz Teixeira, utilizam a nomenclatura de “propriedade perfeita” ou “propriedade imperfeita”. Neste caso, a privação de parte dos efeitos da propriedade, ou direitos do proprietário, transforma-a em imperfeita, que pode ocorrer quando a propriedade se resolve por tempo ou determinada condição, ou ainda quando os direitos reais não se encontram todos sob uma mesma pessoa⁵⁷⁰.

Portanto, a propriedade perfeita corresponde ao domínio pleno e a imperfeita ao menos pleno. Exemplos desta relação podem se ver no usufruto, onde se contrapõem o usufrutuário e o proprietário, e neste caso aquele possui o domínio útil e este o direito, tendo aquele o poder de usar e gozar da coisa, entretanto, em regra, não tem a faculdade de alterar a forma da coisa. Pelo fato de cada um possuir a titularidade de certos poderes, diz-se a propriedade estar repartida⁵⁷¹.

Para Borges Carneiro, a divisão como feita acima por Lobão era já ultrapassada e considerou, por sua vez, que a divisão entre domínio pleno ou menos pleno é a mais

instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 84.

⁵⁶⁶ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, accomodado às leis e costumes da nação portugueza para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 118-119.

⁵⁶⁷ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar, e a transferir por derradeira vontade, para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo III. Coimbra: imprensa da universidade, 1836, p. 86.

⁵⁶⁸ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar, e a transferir por derradeira vontade, para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo III. Coimbra: imprensa da universidade, 1836, p. 88.

⁵⁶⁹ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar, e a transferir por derradeira vontade, para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo III. Coimbra: imprensa da universidade, 1836, p. 87.

⁵⁷⁰ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 36.

⁵⁷¹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 36-37.

atual e correta. Haja vista que o domínio perfeito nunca pode estar ao mesmo tempo em duas pessoas, exceto no condomínio, o fracionamento dos poderes dá lugar à divisão entre direto e útil nos casos de empraçamento, feudo e superfície⁵⁷².

Coelho da Rocha inicia uma nova secção no seu livro para tratar do que chama de “bens vinculados” - que inclui os Morgados e as Capelas – e é uma espécie de um gênero que é a “propriedade limitada”, e esta, por sua vez, também inclui a enfiteuse⁵⁷³.

Nota-se aqui a praticidade e casuística do autor, que não elabora o conceito da propriedade limitada, mas trata a seu respeito enquanto expõe sobre o direito material para, a partir daí, abstrair um conceito teórico. Explicando a respeito da enfiteuse, o autor demonstra como funciona o fracionamento da propriedade entre o senhor direto e o senhor útil, aquele possui os direitos de receber o laudêmio e outras contraprestações e este tirar toda a utilidade da propriedade⁵⁷⁴.

Em seu esboço de um dicionário jurídico, Joaquim José Caetano Pereira e Sousa conceitua que “Dominio pleno he o da propriedade juntamente com o usufruto”⁵⁷⁵, “Dominio directo significa a simples propriedade opposta ao dominio util, qual o que tem o Emfiteuta, o Usofructuario”⁵⁷⁶ e “Dominio util he o direito de desfrutar o predio separado do Senhorio, e simples propriedade”⁵⁷⁷.

Os autores não mencionados nesta seção não desenvolveram conteúdo sobre o assunto para serem incluídos neste subtópico.

5.6. Limites ao exercício

Os autores tendem a conceituar a propriedade como um direito natural, absoluto, perpétuo, primitivo e garantem-lhe um *status* privilegiado perante inclusive o legislador ou o soberano. Todavia, é inevitável que seja necessário explanar acerca dos limites que ela encontra quando oposta a outros direitos, de maior ou menor relevância, ou a outros sujeitos que possuem o mesmo direito, ou ao Estado.

⁵⁷² CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 38.

⁵⁷³ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 390.

⁵⁷⁴ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 415.

⁵⁷⁵ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes**. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, n.p.

⁵⁷⁶ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes**. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, n.p.

⁵⁷⁷ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes**. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, n.p.

Apesar de boa parte dos autores defenderem a propriedade como um direito absoluto, num geral, aceita-se que o exercício da propriedade, vale dizer, a prática dos direitos subjetivos, está sujeito à limitação⁵⁷⁸. Os autores, entretanto, diferem um pouco a respeito destas balizas.

Mello Freire introduz o tema deixando bastante claro que o domínio está inserido no meio social e por isto, encontra-se restrito pelas leis prescritas, sem que isto signifique o fim da propriedade, pois ela nunca poderá ser limitada naquilo que é a sua essência: o uso com exclusividade⁵⁷⁹.

Ainda de acordo com o autor, o responsável por estabelecer tais limitações é o soberano, por ser titular do império perante os bens dos cidadãos⁵⁸⁰, e deve prezar pelo bem público, evitando que seja feito o mau uso dos bens de forma a atentar contra a República ou os cidadãos⁵⁸¹.

Cardoso da Costa trata a propriedade civil como sinônimo de direito civil pois lhe atribui uma dimensão muito maior do que os demais autores, portanto as limitações pensadas por ele não são assim tão evidentes. Apesar disto, o autor, ao estruturar seu sistema de árvore para o código civil, cita os três ramos capitais e o terceiro deles é o das obrigações para com os outros homens que, por sua vez, é repartido em três, que têm como objetivo não ofender diretamente o direito, ou propriedade, de outros⁵⁸².

Este autor elabora um sistema de direitos e obrigações onde cada direito protegido e previsto no código civil tem contrapartida em uma obrigação, vale dizer, é como analisar a “árvore” por um outro ponto de vista:

Era isto apresentar a mesma arvore do avêso; e do direito: exprimir a mesma idéa, só cum a differença de ser a qualidade moral exprimida, em hum lugar activa, e n'outro passivamente. Em hum Titulo elle sería obrigado a dizer = *O vendedor deve entregar ao comprador a cousa vendida* (Tit. das Obrig.) No outro seria obrigado a dizer = *O comprador tem direito de pedir ao vendedor a cousa vendida* (Tit. dos Direitos) e assim em todos os outros casos⁵⁸³.

⁵⁷⁸ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 33.

⁵⁷⁹ FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 52-53.

⁵⁸⁰ Ordenações Filipinas. L. 3 tit. 71 § 2.

⁵⁸¹ FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 53.

⁵⁸² COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 103.

⁵⁸³ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o codigo civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 102.

Os limites para este autor se apoiam fortemente na teoria contratualista que lhe serve de plano de fundo e é o autor que mais reforça a necessária justificação das limitações a serem impostas no código civil, sob pena de serem caracterizadas como usurpação da propriedade alheia⁵⁸⁴.

Ademais, estas restrições devem interessar aos fins da sociedade civil, representando a população, a agricultura, a indústria, comércio etc. e na exposição dos motivos para introdução de tais limitações deverá cumprir-se dois requisitos: 1.º a absoluta necessidade ou utilidade para a sociedade civil; 2.º que tenha sido guardada a maior circunspecção e moderação possíveis nos casos indispensáveis e ofendendo quanto menos for possível e suficiente⁵⁸⁵.

Lobão, ao operar comentário ao trecho de Mello Freire, aprofunda o tema e cita exemplos, com hipóteses nas quais se pode proibir a alienação, como no caso dos morgados⁵⁸⁶. As hipóteses são: (1) pela lei; (2) por pacto; (3) por disposição testamentária; (4) pelo juiz.

Quanto à hipótese de limitação por convenção entre as partes, o autor cita e fundamenta no direito romano, no qual tal estipulação é nula senão em hipóteses especiais e previstas em lei, como no caso do direito português na Ord. L. 4, T. II^{587/588}. O mesmo se verifica com as proibições de alienação dispostas em testamento, que necessitam de justificação razoável por parte do testador, como proteção do patrimônio familiar, caso contrário deverá ser considerada nula⁵⁸⁹.

Em outra obra sua, o autor não coloca como limitação o prejuízo a terceiro, porquanto o proprietário estaria gozando de seu direito de usar do seu bem, resultando,

⁵⁸⁴ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o código civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, p. 144 e 149. “Por tanto todos os Art. Legislativos, que restringirem os direitos dos homens, sem que possamos mostrar, ou a absoluta necessidade, ou as prováveis vantagens que dessas restricções hão de vir aos fins sociaes, ão hão de ter entrada no nosso Projecto do Código Civil, ainda que as tenhamos visto sancionadas pelos Gregos, pelos Ramanos [*sic*], e por todas as Nações Modernas”.

⁵⁸⁵ COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **O que he o código civil**. Lisboa: Typ. de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, pp. 149-150 e pp. 90-91 (notas).

⁵⁸⁶ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 81.

⁵⁸⁷ Ordenações filipinas L. IV tit. 2.

⁵⁸⁸ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 82.

⁵⁸⁹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 83.

portanto, em exercício regular de um direito. Somente se encontrará limitado caso o faça com dolo e não retire utilidade para si próprio; ou viole expressamente lei ou servidão⁵⁹⁰.

É difícil verificar a diferença entre limitações criadas pela lei e as operadas pelo juiz, afinal ambas têm origem na Lei em primeiro lugar, entretanto Lobão as categoriza separadamente e cita como exemplos a interdição ao pródigo e a proibição de alienação operada em medida cautelar em razão de judicialização do bem⁵⁹¹.

Correia Telles também aceita a previsão legal para a imposição de limites, adiciona ainda a preservação do Estado e outros cidadãos para lhes evitar uma perda significativa ou procurar uma vantagem relevante. O Estado, entretanto, não pode fazer uso da propriedade privada a não ser no caso de ser justificado pela utilidade pública e providenciada indenização prévia⁵⁹².

Similarmente a Seabra, Correia Telles também trata do abuso do direito de propriedade como as suas limitações e, além dos limites legais já incluídos, pode-se considerar abuso quando lesa terceiros dolosamente, garantindo aos potencialmente lesados ações cautelares. São exemplificadas várias hipóteses de abuso, a mais interessante para ser comentada é a hipótese de esgotar a fonte de água de terreno vizinho, na qual o autor defende que é uso, ou seja, regular exercício do direito, caso seja em prejuízo de um particular, mas deve ser tratada como um abuso do direito se ocorre em desfavor público⁵⁹³.

Liz Teixeira em comentário segue o raciocínio de Mello Freire, todavia abandona a referência ao soberano, cita o bem do Estado:

[...] Por quanto além das cousas sere em si meios sociaes, e por isso subordinadas ao imperio para consecução do bem do Estado, que é a somma dos bens particulares ou individuaes: o dominio ou a propriedade, de que

⁵⁹⁰ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tractado historico, encyclopedico, critico, practico, sobre todos os direitos relativos a cazas, quanto às matérias civis e criminaes**. Lisboa: imprensa régia, 1817, p. 56-57 e 68-69.

⁵⁹¹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 83.

⁵⁹² TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 119.

⁵⁹³ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 122 e ss.

ellas são objecto, é um direito ou faculdade, que se exerce por actos ou acções livres, acções, que os socios comprometterão para serem reguladas pelas leis d'um modo conveniente ao bem geral; logo as leis não usurpão, modificando o dominio, que por isso não fica menos dominio, do mesmo modo que o homem não fica menos homem ou menos livre, por isso que as leis o cohibem no funesto abuso da liberdade[...]⁵⁹⁴.

Vê-se que a perspectiva do comentador muda ligeiramente, além de não falar sobre o soberano Legislador, existe a cautela de não ofender o domínio, mantê-lo íntegro, apesar da limitação.

Oferece outra interpretação Borges Carneiro, manifestamente opondo-se à noção de que o soberano é senhor dos bens dos cidadãos, todavia, concorda com a imposição de limites por sua parte, desde que utilizada moderadamente e com motivação de utilidade pública⁵⁹⁵. Portanto, pode-se ver o efeito da revolução liberal na opinião dos autores, que buscam liberar a propriedade da autoridade do Rei e dotá-la de proteção que somente pode ser violada em *ultima ratio*.

Esta era uma discussão jurídica a nível dogmático há séculos, Hespanha esclarece que os juristas seiscentistas já se posicionavam de forma majoritária no sentido de que o príncipe não gozava de propriedade sobre os bens dos seus súditos, nem mesmo das concessões régias, mas sim deveria garantir a proteção e jurisdição⁵⁹⁶.

Entretanto, sob o Estado iluminista os direitos individuais sofrem um abalo e ressurge a ideia do domínio eminente do soberano, ou seja, é dado a este o domínio “pleno e universal” sobre os bens dos súditos e partir disto recai a legitimidade do príncipe em estabelecer limitações ao direito de propriedade privada. Esta foi a saída encontrada dentro do iluminismo para justificar juridicamente o projeto legislativo que introduziu limitações ao domínio privado⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 34-35.

⁵⁹⁵ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal.** Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 40.

⁵⁹⁶ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível:** direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004, p. 467.

⁵⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível:** direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004, p. 468-469. Este cita ainda como exemplos Mello Freire e Lobão, que mantêm a teoria do domínio eminente, como se pode ver em: FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça.** N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 52-53, LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Discurso jurídico, histórico e crítico sobre os direitos dominicaes.** Lisboa: Imprensa Nacional, 1865, p. 3-4 e LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas:** addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello

É contra esta construção que os juristas não tradicionalistas, com influência liberal, irão se opor ao sustentarem a propriedade como direito natural e inatingível pelo soberano, como aqui se vê, por outro lado, as limitações não deixavam de existir e era preciso agora justifica-las dogmaticamente de outra maneira. Boa parte dos autores as justifica como uma própria proteção do direito de propriedade e a manutenção da ordem necessária para o estado social, ou também pela preservação de outros direitos de propriedade concorrentes⁵⁹⁸.

Importante citar também o artigo 544 do *Code Civil*⁵⁹⁹, que já se encontrava em vigor a este tempo em França e certamente influenciou a concepção dos autores posteriores, como os que aqui tratados⁶⁰⁰.

Liz Teixeira cita a limitação logo em seguida aos poderes, estipulando que não é permitido o exercício de um ou todos de forma que viole tanto os deveres civis quanto os naturais, vale dizer, que seja ofensivo às leis e aos direitos de terceiros⁶⁰¹. Portanto, vê-se que a limitação pode ser dupla, civil e natural: da lei e do direito alheio.

De qualquer maneira, ainda cita limitações da lei civil, como a proibição de produção de artigos considerados ilegais, como os psicotrópicos ou o tabaco, pelo alvará de 10 de maio de 1649⁶⁰².

Vê-se que a existência de limitações é prevista tanto em Mello Freire, quanto aceita por Liz Teixeira, mas esta limitação é feita com a maior das cautelas, de forma que fique bem claro que as limitações, dadas por meio da lei e com proveniência do direito natural, devem ser administradas com grande circunspeção por parte do legislador, ao mesmo tempo que o impede de atacar com quaisquer limitações o núcleo duro do instituto, este não deixa de ser domínio e de prever todas as faculdades, apesar do seu exercício ocasionalmente ser limitado.

Outro tipo de limitação provém da vontade das partes, pacífico em todos os autores, isto decorre do fato de que sendo o proprietário o titular de todos aqueles

Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 80-81. Apesar de que neste último o autor explica que este uso é apenas nos casos de necessidade pública e urgente.

⁵⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 470-471.

⁵⁹⁹ Artigo 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

⁶⁰⁰ JUSTO, António dos Santos. O código de Napoleão e o direito ibero-americano *in*: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. 71 (1995), p. 37 (27-96).

⁶⁰¹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português: para o anno lectivo de 1843-1844**; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 33.

⁶⁰² Disponível em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/8/85/p55>. Acesso em 16 fev 2021.

poderes, pode deles dispor total ou parcialmente, inclusive por testamento. Liz Teixeira estabelece que caso a propriedade seja deixada em legado com condições não deixa de ser plena, o legatário ainda é senhorio, apesar de ter sua propriedade modificada ou restrita, não constituindo propriedade imperfeita⁶⁰³.

Logo em seguida o autor põe em ressalva que das faculdades do proprietário, uma delas ocupa uma posição central e que não pode ser atingida pela lei ou pela vontade das partes sem que deixe de ser domínio, é o direito de uso exclusivo da coisa, com a faculdade de obstar a qualquer que tente dela se utilizar. Caso isso não se verifique, significa que passou a ser copropriedade, condomínio ou a propriedade imperfeita⁶⁰⁴.

Na composição de Borges Carneiro, as limitações para esta faculdade podem ser de origem legal, de convenção das partes, disposição em testamento e ainda a prescrição. A adição da prescrição como uma limitação certamente oferece um contributo interessante, o autor explica que através dela alguém impediu o dono de praticar os seus atos de proprietário, que foi por ele aquiescido até o decurso do tempo legal para transferência da propriedade⁶⁰⁵.

As limitações podem ser ainda de natureza privada, como no caso dos bens de menores ou incapazes, corporações que não possuem livre administração de seus bens, bens da Coroa, como nos morgados, bens emprazados etc., ou outros bens de titularidade pública⁶⁰⁶.

Seabra considera a propriedade como direito natural, absoluto e primitivo, todavia ainda ele se questiona acerca dos limites deste direito:

⁶⁰³ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 35-36. “[...] O direito de propriedade não só pôde ser modificado ou restricto pelas leis, mas tambem por expressa convenção dos pactuantes, o que é conforme á natureza do dominio, pois que o proprietario ou senhor, em virtude deste seu mesmo direito, pôde por expressa convenção, ou por expressa disposição cedel-o com condições, sem que deixe de ser dominio, embora fique mais restricto. Assim, se o testador deixa uma casa em legado sob condição de não ser alienada, ou de o ser sómente urgindo necessidade, e neste caso de ser ella offerecida com preferencia a uma pessoa designada ; aceitado o legado, o direito do legatario não é outro, senão o de propriedade plena, ainda que modificada ou restricta, pois que reúne em si todos os elementos do dominio, modificado em quanto á parte, que consiste no direito de dispôr, o que não constitue imperfeição na propriedade, como logo explicaremos”

⁶⁰⁴ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 36.

⁶⁰⁵ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 41.

⁶⁰⁶ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 41.

Mas quaes são os limites impostos pela Natureza do direito de apropriação, ao direito de propriedade? A resposta é simples e facil; - será um corollario dos principios expendidos. Na ordem da natureza o direito de apropriação começa e acaba com as nossas necessidades, assim como a propriedade, objectivamente considerada, não póde ter outro limite, senão o alcance de nossas faculdades⁶⁰⁷.

Portanto, preliminarmente o autor mantém sua coesão na construção dos conceitos, estabelecendo que a restrição de um direito natural deve também ter origem em uma causa natural. Para além disto, o seu limite encontra precedente no mesmo fator que a cria, qual seja, a necessidade do homem em se apropriar dos meios necessários para sua sobrevivência e progresso.

Se a propriedade serve como um meio para que o homem se valha com o objetivo de subsistir, após ser alcançado este objetivo, encontra-se seu limite, ou melhor dizendo, a sua conclusão, e qualquer coisa para além disto seria excessivo. Ainda nesta esteira, da necessidade fundamental da propriedade depreende-se que todos dela necessitam e Seabra estabelece que “[...] cada homem, como tal, póde por direito natural aspirar a uma propriedade proporcionada ás suas necessidades. Esta quantidade deve ser garantida a cada um; de outro modo faltar-se-hia ao direito e á justiça”⁶⁰⁸.

O autor do código é cuidadoso para não atingir o direito de propriedade em si, mas deixa bem claro que apesar da propriedade ser um direito natural, superior e independente da vontade humana, é preciso que a sociedade convenha em certas garantias para proteger aquele direito. Aquilo que é acordado é direcionado tão somente à garantia, aplicação e organização, porém conclui que a sociedade não pode reconhecer a propriedade como um direito ilimitado e que deve ser circunscrito aos justos limites reconhecidos pelo grupo social⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 16.

⁶⁰⁸ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, pp. 37 e 84.

⁶⁰⁹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 38. “Mas ainda que o direito de propriedade seja superior e independente da vontade dos homens, é mister com tudo que os homens se reúnam e convenham entre si em garantir-se reciprocamente este direito. É pois a garantia da propriedade, e não o direito de propriedade, que derivaria da convenção, que é um acto social. A sociedade não cria o direito de propriedade, e por conseguinte não o pode destruir; - porém deve regular sua aplicação, a sua organização; e como a natureza da sociedade exige, que o direito de cada um se limite pelo direito de todos, a sociedade não póde reconhecer o direito de propriedade como um direito illimitado: tem o direito, não de destuir, mas sim de circumscrever á propriedade os seus justos limites”

Com o cuidado de preservar a coesão na sua teoria de forma a ter espaço para limitação da propriedade — apesar de ser um direito absoluto — é tratá-la como um abuso do direito que, portanto, prejudica um terceiro quando o impede de gozar dos seus próprios direitos. Valendo-se aqui do princípio da igualdade⁶¹⁰, os direitos devem ser todos igualmente respeitados, criando naturalmente as balizas para exercer os poderes do proprietário, contanto que não se viole a propriedade dos demais⁶¹¹.

Alguns autores criticam como uma das características dos juristas da codificação e exegetas uma mentalidade de afastamento dos fatos e do mundo real, a abstração, focando-se mais intensamente na teoria e na filosofia, importando-se pouco com o efeito real do direito⁶¹². Seabra, por outro lado, não se mostra tão alienado do sistema real quando leva em consideração os casos nos quais os sistemas de propriedade privada podem gerar uma situação de concentração de renda e privação dos meios de subsistência requeridos por todos e se questiona a respeito de qual a solução adequada de maneira a não ferir o direito de propriedade em si⁶¹³.

Em última análise, Seabra conclui que na colisão entre a propriedade e os interesses da sociedade, é obrigação desta organizar-se de forma a equilibrar as desigualdades, exigindo daqueles que mais têm para socorrer os que não possuem sequer o necessário, caso contrário violar-se-ia o princípio da sociabilidade⁶¹⁴ e da boa filosofia do direito, entretanto isto fica reservado somente para casos extremos e excepcionais⁶¹⁵. A preocupação do autor é o comprometimento da ordem social que

⁶¹⁰ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p 119. Já previsto no art.º 145, § 9 da Carta Constitucional de 1826.

⁶¹¹ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade: philosophia do Direito**. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 57.

⁶¹² MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 452; CARONI, Pio. **Saggi sulla storia della codificazione**. Milão: Giuffrè Editore, 1998, p. 28 e 29. Este a caracteriza como “La violenza dell’astrazione”.

⁶¹³ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade: philosophia do Direito**. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 84 “É innegavel que o systema de propriedade individual, adoptado geralmente pelas sociedades antigas e modernas, induz necessariamente a desigualdade das fortunas, e que esta desigualdade pôde chegar a um ponto que se torne prejudicial a uma parte dos associados, por uma especie de monopolio ou concentração, na mão de poucos, dos meios necessarios á subsistencia de todos. Nesta hypothese como conciliar o direito de propriedade, que alguns têm adquirido, com o direito supremo de existencia, que assiste aos outros? Que poderá fazer a sociedade, ou o seu governo, sem ultrapassar os limites da sua legitima auctoridade?”.

⁶¹⁴ A respeito do princípio da sociabilidade é útil consultar as obras de CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado: reflexos krausistas**. in: Revista de História das Ideias. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 164 ss; CALHEIROS, Maria Clara. **A filosofia juridico-política do krausismo português**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 59 ss.

⁶¹⁵ MONCADA, Luis Cabral de. **Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1938, p. 56. Sustenta que o autor incorre em certa contradição.

pode resultar deste conflito e, pela interpretação do texto, existe uma preocupação maior com aqueles que absolutamente não possuem a capacidade de prover sua subsistência⁶¹⁶.

Aqui e ali é possível notar que Seabra insere as limitações sempre justificadas pelo bem comum, mas voltando à fórmula de não violar o direito de propriedade de um terceiro que lhe é igual. Igualmente, ao falar sobre a ocupação de animais, equiparado como direito natural, também há de existir limites para salvaguardar o direito de todos àquela atividade e evitar efeitos “destructivos, ou que a título de caçar e pescar se devam ou damnifiquem as propriedades alheias”⁶¹⁷.

É determinante que se fale a respeito da diferença entre a propriedade perfeita/imperfeita e das limitações da propriedade neste momento. A proximidade dos assuntos pode gerar certa confusão e alguns autores somente tangenciam as semelhanças entre ambos.

A propriedade plena concentra em um único titular os poderes todos da propriedade — sejam eles quais forem — enquanto a propriedade não plena fragmenta tais poderes em mais de um titular. Por outro lado, as limitações da propriedade têm o objetivo de controlar as faculdades do(s) titular(es) na forma e extensão do seu uso, sem ver-se divisão ou transferência.

Desta maneira, é possível que exista uma propriedade não plena decorrente de uma enfiteuse, fracionando os poderes de uso e gozo, ao mesmo tempo que tais poderes se vejam limitados por uma norma de ordem pública, por exemplo.

Coelho da Rocha segue a mesma linha de Seabra, no sentido de que, apesar da propriedade ser natural, pode ser objeto de restrições em nome da garantia de seu uso, todavia o autor classifica essas limitações de outra maneira, considerando-as como obrigações que são impostas e que acompanham o gozo do direito de propriedade⁶¹⁸.

⁶¹⁶ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 85“Assim, segundo o rigor de nossos principios juridicos, a sociedade tem a obrigação, nestes casos de collisão, de exigir que aquelles, que possuem mais, do que precisam, contribuam proporcionalmente com os soccorros convenientes para salvar a existencia dos que se vêem privados do necessario. Esta obrigação não resulta unicamente da philosophia do direito, e do principio originario da sociabilidadae; é tambem determinada pelas conveniencias da ordem social, que seria gravemente comprometida, se não prevenisse as funestas consequencias de semelhantes collisões[...]”.

⁶¹⁷ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**: philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850, p. 142.

⁶¹⁸ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 321.

O autor expõe que a justificação para a imposição das restrições tem origem no bem público. Prevê, portanto, que o proprietário pode ser despojado ou esbulhado em sua propriedade com a devida indenização prévia em casos específicos, cita como exemplo a abertura de terreno para construção de estradas, edifícios que suscitem perigo de dano estrutural a prédios vizinhos e também os que estão sujeitos a regulamentos de polícia, como previsto no artigo 120 código administrativo^{619/620}.

5.6.1 Síntese conclusiva

É possível notar que Mello Freire e de Lobão adotam postura pré-liberal e conservadora, na qual confiam o controle sobre o domínio na figura do Rei, que tem a função de pensar no bem coletivo e por isto também controlar o abuso do direito.

Vê-se que Cardoso da Costa busca a justificação para a introdução das balizas à propriedade em áreas diversas ao direito, nomeadamente, a Economia Política, que define ou resume aquilo que ele e outros mencionam sobre o relevante interesse social. Isto diferencia um pouco o autor tendo em vista que os demais procuram suas respostas no direito, ou no direito natural.

Lobão não apenas comenta as passagens de Mello Freire, mas também as desenvolve, aprofunda, exemplifica e acrescenta referências, classificando tais limitações sempre com sua perspectiva prática, como é a intervenção feita pelo juiz dentro do próprio processo judicial.

Liz Teixeira elabora um pouco mais a respeito das limitações e as divide em civil e natural; no entanto, a propriedade é um direito natural, por isso é universal e intemporal e esta definição deve ser refletida pela lei civil, que haverá de protegê-la, obedecendo os comandos da lei natural. Isto transforma a lei civil em um objeto de que se vale a lei natural para obter vigência, ao mesmo passo que assume uma posição de filosofia do direito.

Se este é o caso, então a limitação, apesar deste autor defender ser dupla, é, ao final, uma só: a lei natural. Vê-se que as limitações previstas sempre ocorrem ao se oporem ao mesmo direito de propriedade de um terceiro, o que faz concluir que a

⁶¹⁹ PORTUGAL. **Código administrativo**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1842, p. 29-30. Tal artigo arrola os regulamentos que podem ser expedidos pela Câmara Municipal, que inclui diversas hipóteses de limitações de natureza privada, como proibir objetos colocados em janelas e varandas que ofereçam perigo.

⁶²⁰ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 321.

limitação decorre da lei civil somente como *medium* da lei natural, anterior e superior, mas que então constitui um direito civil.

A prescrição como hipótese de limitação aos poderes do proprietário certamente é um contributo muito original por parte de Borges Carneiro, compreendendo o autor que a usucapião subtrai, em último caso, todos os poderes do antigo proprietário, portanto pode ser também considerada uma limitação.

A contribuição de Seabra é bastante notória de início, pois percebe-se na sua interpretação a preocupação com a coerência e a fidelidade ao sistema do direito natural, de maneira que as limitações têm causa dentro do mesmo raciocínio da necessidade natural do Homem pela propriedade.

No seu livro *Propriedade*, dedica inúmeras páginas para construir o seu sistema alicerçado no direito natural e como a propriedade nele se integra, mas sempre com a preocupação de lhe conferir proteção e valor. Quando considera sobre as suas limitações, o jurista consegue de forma razoável argumentar sobre o espaço que elas ocupam na sua teoria e a razão delas existirem, apesar de a propriedade ser um direito absoluto.

Coelho da Rocha, a seu turno, não trata tais limitações da mesma maneira, mas dá-lhes a natureza jurídica de obrigações que oneram o proprietário no exercício dos seus direitos. Além disto, sublinha a necessidade de indenização prévia nos casos de desapropriação, o que já era previsto no artigo 145, §21 da Carta Constitucional de 1826⁶²¹.

Nota-se as consequências do krausismo com sua moderação e motriz conciliadoras — que o faz ser chamado de «novo humanismo» — aliam a liberdade individual com a importância dos valores sociais, que acaba por moderar a resistência operada pelos setores conservadores⁶²².

É em especial a conjunção do indivíduo, sociedade e Estado que se faz ver como plano de fundo político. O indivíduo busca realizar-se pelas suas ferramentas e tem isso como sua responsabilidade e o Estado deve arquitetar e manter as vias que permitam a realização individual e coletiva dos outros elementos⁶²³.

⁶²¹ MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013, p. 120.

⁶²² CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado**: reflexos krausistas. in: Revista de História das Ideias. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 165. (p. 161-197)

⁶²³ CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado**: reflexos krausistas. in: Revista de História das Ideias. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 166. (p. 161-197)

A marca do krausismo na Universidade de Coimbra é facilmente observável e como observa Zília Osório, apesar de ter sido a filosofia política «perdedora», impactou a vivência e o aprendizado de gerações de estudantes daquela universidade. Simultaneamente, os professores que disseminavam os ideais krausistas desempenhavam funções políticas, ocupando dupla perspectiva na análise⁶²⁴.

Na teoria de Ahrens se verifica a combinação do ser humano individual com o meio onde é inserido, sendo que seria da natureza humana possuir tanto a substância individual quanto a social. Se estes dois componentes equivalem, o resultado é uma harmonia que despreza os radicalismos encontrados nos dois extremos, o individualismo e o socialismo que aniquila a individualidade⁶²⁵.

⁶²⁴ CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado**: reflexos krausistas. in: Revista de História das Ideias. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 167. (p. 161-197)

⁶²⁵ CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado**: reflexos krausistas. in: Revista de História das Ideias. Vol 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, p. 168 e 169. (p. 161-197).

6. DA POSSE

Antes de adentrar ao tema deste capítulo é necessário realizar alguma contextualização a respeito da posse ao período em estudo.

O sistema abaixo analisado é de inspiração romana⁶²⁶, nele previne-se a usucapião pelo possuidor em face do proprietário nos casos de locação e arrendamento ao mesmo tempo que garante o acesso aos interditos possessórios para defender sua posse como se possuidor fosse, evitando o prejuízo e perda de tempo de ter o proprietário ajuizar a ação.

No direito romano tem-se que a posse era a faceta factual da propriedade, a *possessio utis dominus*. A posse, por sua vez, era cindida em dois elementos, um factual e outro volitivo, o primeiro era chamado de *naturaliter possidere* e o segundo de *animus possidendi*⁶²⁷.

No sentido de estar intrinsecamente ligado ao direito de propriedade excluíam-se da posse os direitos insusceptíveis de domínio, como os de crédito e direitos reais limitados. Durante o medievo, por influência germanista e canónica, a posse continuou a ser alargada para incluir outros direitos, como os de família, fiscais, cargos académicos e *status*⁶²⁸.

É na modernidade que se percebe um retorno e simplificação da posse, em Portugal especialmente por meio do sistema de concepção romanista, em oposição ao germanista, apesar disto não ter ficado claro na redação do artigo 474 do Código Civil de 1867⁶²⁹ mais à frente⁶³⁰.

Não se verificava neste ponto da história do direito a separação completa entre os institutos da posse e do domínio, feito atribuído pela primeira vez a Savigny em seu tratado sobre a posse, onde foi dado o primeiro passo para autonomizar a noção possessória, que anteriormente fazia parte de um sistema estrito em que era vista

⁶²⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérnia: Clark, 2003, p. 13-16. Sobre as fontes primárias romanas da posse, Savigny apresenta um bom guia.

⁶²⁷ OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de. **A posse: na doutrina e na jurisprudência**. Porto: Petrony, 1981, p. 11.

⁶²⁸ OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de. **A posse: na doutrina e na jurisprudência**. Porto: Petrony, 1981, p. 11-13; JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 147-148. Este especifica que do direito canónico retirou-se especialmente a boa-fé e a eticização da posse.

⁶²⁹ Código civil português de 1867 “Art. 474.º Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito.”

⁶³⁰ OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de. **A posse: na doutrina e na jurisprudência**. Porto: Petrony, 1981, p. 13.

somente como uma primeira fase para a propriedade, como se pode extrair por meio da observação dos artigos 2228.º e 2235.º do *code civil*⁶³¹.

Neste mesmo sentido, aproveitando um autor jusnaturalista que foi utilizado pelos autores estudados, Ahrens também trata da posse e a inclui como um dos “direitos particulares contidos no direito geral de propriedade”, que compartilha o rol com o uso, fruto e servidões. Neste sentido, Ahrens expõe que a propriedade pode existir sem a posse, mas deixa de ser completa, em virtude do propósito que o autor havia dado à propriedade (satisfação de necessidades materiais), ela somente serve a este objetivo quando está sob sua posse⁶³².

Deixando inequívoco que:

[...] para que haja posse, é necessario que se tenha provado o titulo da propriedade. Quando um proprietario tem provado o seu titulo, póde reclamar a posse. Assim bem longe de constituir ou de preceder o Direito de propriedade, a posse se deriva d'elle, é, para assim o dizer, a sua *materialização*⁶³³.

Ao analisar a definição da posse tendo como medida o direito de propriedade ter-se-ia que a noção jurídica da posse se resumiria ao direito que garante ao proprietário o uso e gozo exclusivo do seu bem. Entretanto, não se pode confundir que ao estudar a teoria da posse estuda-se os direitos da posse, *ius possessionis*, e não o direito de possuir, *ius possidendi*, que, por sua vez, é parte da teoria da propriedade⁶³⁴.

Savigny se questiona sobre natureza da posse, se é fato ou direito, e chega à conclusão de que é parte fato e parte direito. No que respeita à sua natureza é fato, pois depende de um ato não-jurídico (detenção), e é direito em relação às consequências que cria juridicamente, como nos contratos⁶³⁵.

Manuel Rodrigues esclarece que é importante fazer uma ressalva, entretanto, de que para Savigny não é impossível que a posse seja emanada do direito de

⁶³¹ RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. XLVI e XLVII.

⁶³² AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 198.

⁶³³ AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844, p. 198.

⁶³⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérсия: Clark, 2003, p. 2-3.

⁶³⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérсия: Clark, 2003, p. 20.

propriedade, mas que existem direitos gerados exclusivamente pela posse, pelo *ius possessionis*:

Com esta caracterização, a posse ocupa um lugar equidistante da propriedade e da mera detenção. Deste modo, da propriedade ela diferencia-se tal como o *facto* não se confunde com o *direito*; e distingue-se por seu turno da detenção porque ao contrário do que com esta última acontece, *produz efeitos jurídicos*⁶³⁶.

Na teoria subjetiva, elaborada principalmente por Savigny, a posse necessita de dois elementos, o fático e o ânimo. O primeiro é a detenção do *corpus*, enquanto o segundo é o *animus habendi*, que é aquilo que, de forma geral, vê-se nos autores acima citados⁶³⁷.

Em oposição, defendido por Ihering⁶³⁸, o sistema objetivo busca ampliar a defesa possessória para qualquer que mantivesse relação material, fática, com o objeto e querer mantê-la, e embora cogitasse a presença do elemento subjetivo, não o colocava como essencial para a caracterização da posse. O elemento volitivo em Ihering também é um tanto diferente, sendo que mais importa se o detentor atua em interesse próprio ou alheio⁶³⁹.

A diferença destes sistemas tem uma notável consequência, qual seja, a atribuição de posse e tutela possessória aos mandatários, comodatários e depositários, no sistema objetivo a posse deles é regra, enquanto no subjetivo recebem a tutela somente a título excepcional, como uma anomalia. A teoria subjetivista obteve maior eco nos juristas portugueses e nos franceses⁶⁴⁰.

A explicação para o fato de que o mero possuidor tenha acesso aos interditos possessórios é explicada por Savigny. Apesar da detenção por si só ser uma relação jurídica digna de proteção, ela merece proteção quando outro direito é violado, portanto

⁶³⁶ RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. XLVIII e XLIX.

⁶³⁷ OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de. **A posse**: na doutrina e na jurisprudência. Porto: Petrony, 1981, p. 16-18; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 107-108; JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 147-148. Este autor acrescenta Windscheid como teórico subjetivista.

⁶³⁸ A comparação com Ihering tem finalidade didática, para demonstrar, por oposição, como funciona o sistema paralelo, já que não afetou os autores analisados.

⁶³⁹ OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de. **A posse**: na doutrina e na jurisprudência. Porto: Petrony, 1981, p. 16-18; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 108-110; JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 147-148.

⁶⁴⁰ OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de. **A posse**: na doutrina e na jurisprudência. Porto: Petrony, 1981, p. 19.

a violação através da força é uma violência e toda violência é contrária ao direito, que garante ao possuidor demandar que ninguém use a força contra ele⁶⁴¹.

Finalizado esta descrição do contexto histórico-jurídico da posse, passa-se à análise dos juristas portugueses.

6.1. Conceituação e diferenciação da propriedade

Mello Freire concebe inicialmente uma discussão que se faz presente em seu tempo, a respeito da posse ser tratada como um direito pessoal ou real, ou seja, *jus ad rem* ou *jus in re*⁶⁴². Em seguida apresenta sua definição para a posse é a “faculdade natural de apreender a coisa com intenção de a deter como sua”. Ademais, a posse poderia ser dividida e parte fato e parte direito, sendo adquirida fisicamente com o corpo, mas exige-se também o ânimo de possuir, fatores que a diferem da simples detenção e da detenção havida em nome alheio⁶⁴³.

Em relação a como difere do domínio, Mello Freire esclarece que a posse é a faculdade de deter, que pode ocorrer com ou sem direito, enquanto o domínio vincula a faculdade de reter e obter algo com o justo título, e por isto a posse se prende muito mais ao factual enquanto o domínio em relação ao direito⁶⁴⁴.

A detenção, como primeiro elemento da questão, por ser fática não é por si própria regulada pela legislação ou tem sua origem no direito, mas a partir dela é que emergem as noções jurídicas⁶⁴⁵.

Lobão, por sua vez, considera a simplicidade oferecida por Mello Freire uma fuga da diversidade de opiniões a respeito da definição da posse, já que alguns sustentam a posse consistir somente em fato e não em direito, enquanto outros dizem representar somente em direito após a apreensão de fato. Afinal, conclui ao dizer que a definição mais universal e adequada para os estudantes do assunto é a que segue “*Possessio est detentio cum animo dominantis, seu effectu dominii, ou cum affectione, et*

⁶⁴¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérícia: Clark, 2003, p. 6-7.

⁶⁴² SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérícia: Clark, 2003, p. 17.

⁶⁴³ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 54.

⁶⁴⁴ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 54. Ainda acrescenta um exemplo “[...] É por isso que o domínio passa aos herdeiros, pois nasce de um direito, mas a posse não, porque resulta dum facto[...]”

⁶⁴⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérícia: Clark, 2003, p. 2-3.

animo sibi habendi” à qual o autor acrescentaria “*rei non prohibita possideri*” e “*ei certae, vel pro indiviso communis*”⁶⁴⁶.

Concorda com Mello Freire a respeito da definição da detenção e o que a distingue da posse, de maneira que colonos, procuradores, feitores e depositário não possuem nome próprio, mas sim resguardam a posse do seu proprietário e real possuidor, isto porque os detentores não ostentam ânimo de possuir. Apesar disto, Lobão assegura que aos colonos que sejam espoliados ou turbados até mesmo pelo senhorio é garantida ação possessória para serem mantidos ou restituídos na posse⁶⁴⁷.

Os absolutamente incapazes não podem gozar de posse, pois lhes falta a capacidade do elemento volitivo para possuir, no entanto podem fazê-lo por meio de tutores ou curadores⁶⁴⁸.

Uma vez adquirida de forma legítima a posse natural, presume-se: (i) continuada, ainda que apenas por meio do *animus*; (ii) justa; (iii) ser em nome próprio, não alheio⁶⁴⁹.

Lobão comenta a diferenciação entre a propriedade e a posse e acrescenta elementos diferenciadores às de Mello Freire: a primeira delas é a de que as suas causas não têm nada em comum; em segundo lugar, pelo direito romano a herança transfere o domínio ao herdeiro, mas não a posse, entretanto, no direito português isto se dava por força do Alvará de 9 de novembro de 1754⁶⁵⁰ e o Assento de 16 de fevereiro de 1786⁶⁵¹; a terceira diferença é que por meio de servos se pode adquirir o domínio sem a ciência ou por procuração, enquanto a tomada de posse depende de cessão de poderes expressos para tal objetivo⁶⁵².

⁶⁴⁶ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 85-86.

⁶⁴⁷ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 86-87.

⁶⁴⁸ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 88.

⁶⁴⁹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 88-89.

⁶⁵⁰ Disponível em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/66/110/p207>. Acesso em 06 abr 2021.

⁶⁵¹ Disponível em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/68/137/p418>. Acesso em 12 abr 2021.

⁶⁵² LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das

Convém comentar o Alvará 9 de novembro de 1754, tendo em vista ser um diploma importante para a posse na matéria de sucessão e que é citado por quase todos os autores. Por sua disposição a posse dos herdeiros aos bens do falecido se faz de forma automática, a posse é civil com todos os efeitos da natural, sem que seja necessária efetiva posse física. É complementado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786⁶⁵³, o qual estabelece o grau de parentesco para tal sucessão.

Correia Telles aborda a posse no tomo I do *Digesto Portuguez*, o qual trata das obrigações, isto porque a considera um direito pessoal, vale dizer, *ius ad rem*, que fica inequívoco quando o autor arrola os direitos reais: domínio; servidão; direito de herança; e penhor⁶⁵⁴.

Esta divisão da posse apresenta dificuldades para os autores quando tentam enquadrar o instituto ao estudarem o direito romano. Se consideram ser um *ius ad rem* significa que será uma obrigação, portanto os interditos devem ser tratados como matéria do direito das obrigações. Por outro lado, outros autores que entendem ser um *ius in re* são obrigados a colocar a posse no direito das coisas⁶⁵⁵.

Verifica-se o embaraço quando Correia Telles diferencia direitos pessoais e reais. “Os direitos e obrigações são pessoas, se autorizam, ou ligam certa pessoa, sem respeito á posse de alguma coisa” e “Um direito se diz real, quando a faculdade de o exercer é anexa a certa coisa, sem respeito á pessoa que a possui”⁶⁵⁶.

O autor conceitua o possuidor perfeito, aquele que une a obtenção da coisa e o ânimo de ter como sua; em oposição, possuidor imperfeito tem o direito de usar da coisa

instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 90.

⁶⁵³ CORTERREAL, A. X. de Barros; Branco, J. M. Cardoso Castello (coord.). **Collecção dos accordãos que contêm materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua installação.** 1834-1839. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, p. 54 (sessão em 22 de maio de 1835) e 131-132 (sessão em 5 de maio de 1837); CORTERREAL, A. X. de Barros; Branco, J. M. Cardoso Castello (coord.). **Collecção dos accordãos que contêm materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua installação.** 1847-1854. Porto: Imprensa Popular de J. L. De Sousa, 1871, p. 141-142 (12 de fevereiro de 1849). Cortereal, A. X. de Barros; Branco, J. M. Cardoso Castello (coord.). **Collecção dos accordãos que contêm materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua installação.** 1855-1862. Porto: Imprensa Popular de J. L. De Sousa, 1871, p. 42-43 (19 de julho de 1855). O que é confirmado nestas outras decisões.

⁶⁵⁴ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, accomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsídio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 13 (nota de rodapé).

⁶⁵⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law.** Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérnia: Clark, 2003, p. 24-25 e 31 ss. A partir da página 31 exibe as formas como outros autores posicionam e conceituam a posse.

⁶⁵⁶ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, accomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsídio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 13-14.

por tempo determinado; enquanto, por fim, a inexistência de intenção de a ter por sua configura simples detenção⁶⁵⁷. Ao final, acrescenta que os mesmos títulos necessários para adquirir a propriedade são necessários também para a posse perfeita e justa⁶⁵⁸.

Nota-se que não existe aqui uma separação muito clara entre os dois institutos, sendo que a posse não é suficientemente autônoma e é medida conforme sua conexão à propriedade.

Em seu comentário a Mello Freire, Liz Teixeira não diverge do autor comentado, mas o aprofunda, explicando que a posse deriva das palavras *sedes* e *positio*, significando que o objeto é possuído por aquele que toma posição sobre ele.⁶⁵⁹

Acerca da qualificação da posse, Liz Teixeira segue o autor comentado e acrescenta a identidade da definição com aquela dada pelo código civil francês de 1804^{660/661}.

O autor admite que seja costumeiro se confundir a posse e domínio, afinal apenas se pode gozar os objetos quando se encontram sob a posse, entretanto, assegura, são diferentes⁶⁶².

Apesar de a posse garantir o gozo de certos direitos sobre o objeto, a posse verdadeira existe tão somente na presença de um vínculo com a propriedade, seja a título próprio ou em nome do proprietário. Com isto, fica claro que é somente pela posse que se exerce o direito de propriedade em plenitude e vice-versa, ambos estão conectados. Ao final, clarifica a divisão de Mello Freire em direito e fato: o direito é o de gozar da coisa em virtude do domínio; e o fato é ter a coisa à sua disposição para o gozo efetivo, pelo proprietário ou alguém por ele autorizado⁶⁶³.

⁶⁵⁷ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado às leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 91.

⁶⁵⁸ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado às leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 91-92.

⁶⁵⁹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 38.

⁶⁶⁰ “Art. 2228. La possession est la detention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.”

⁶⁶¹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 38.

⁶⁶² TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 38.

⁶⁶³ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 38-39.

A respeito de como se dá a posse o autor repete aos requisitos de Mello Freire, sendo que a falta do elemento do direito se traduz em simples detenção⁶⁶⁴, desta forma, fica posta a diferença entre possuidor e *simples detentor*⁶⁶⁵, este a tem em mãos, *facto*, mas não por direito, enquanto aquele a tem por fato e direito, posto que se o que possui não é o verdadeiro proprietário, a sua posse não é mais do que usurpação⁶⁶⁶.

Ainda sobre a detenção, explica que o colono, inquilino ou procurador também não devem ser considerados como se gozassem da posse, apenas detenção, cita para tal as Ordenações Filipinas Liv. 3 tit. 45 § 10 “E o que fôr demandado por alguma cousa móvel, ou de raiz, que elle possuisse e tivesse em nome de outro, assi como seu Lavrador, Colono, Inquilino, Rendeiro, Feitor, Procurador, ou por outro modo semelhante, ele póde e deve nomear por autor á tal demanda o senhor da cousa, em cujo nome a possue[...].” e também o título 86 do mesmo livro e título, que regula o penhor judicial.

Por fim, o autor aborda a posse de coisas incorpóreas, como os direitos, que não permitem a detenção física, hipótese na qual existe uma posse imprópria ou *quasi posse*, a qual se mantém pelo exercício do direito. Exemplifica com o direito à servidão, o qual é mantido ao se utilizar dela⁶⁶⁷.

A diferença entre o domínio e a posse, em Liz Teixeira, é no sentido de que a posse pode existir ainda que de forma incompleta sem o justo título, ou seja, sem o direito, enquanto o domínio somente se verifica com a causa justa. Apesar de Mello Freire ter omitido outras diferenças neste tema, seu comentador acredita relevante

⁶⁶⁴ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 39 “[...] Pois que para se dar a posse é necessario gozar a cousa como propria, segue-se que nem o animo de a ter constitue a posse sem o acto da detenção[...] nem a detenção a constitue sem o animo de a gozar como propria, o que faz com que o furioso e o pupillo, sem a concurrencia do tutor ou curador, não possam principiar a possuir[...] do mesmo modo que o que vai habitar a casa do ausente par n’ella se conservar em quanto este não chega, não adquire a posse d’ella, pois que a sua intenção não é adquiril-a”

⁶⁶⁵ Como simples detenção o autor, à semelhança de Lobão, acrescenta os colonos, inquilinos e procuradores, citando as Ordenações Filipinas L. 3 tit. 45 § 10 e tit. 86.

⁶⁶⁶ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 39.

⁶⁶⁷ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 40.

acrescentar que a posse quando retirada a detenção física, mesmo que por coação, deixa de existir, ao passo que a propriedade se mantém pelo justo título, pelo direito⁶⁶⁸.

Borges Carneiro também advoga que a posse é um direito pessoal, não real, e por isso, conseqüentemente, as ações e interditos que dela provêm também o devem ser. Apesar disto, o autor opta por abordar a posse no mesmo capítulo do domínio por semelhança entre os assuntos⁶⁶⁹.

Vê-se que Coelho da Rocha iniciou seu livro segundo das *Instituições*, intitulado *Dos Direitos das Cousas*, e dispõe a organização do livro com suas secções, sendo que a n.º 3 é a da posse e prescrição⁶⁷⁰. Neste sentido pode-se dizer que o autor entende a posse como direito real, não pessoal.

O autor inicia este conteúdo com uma ressalva em razão de ordem e estabelece a posse como um direito conexo ao de propriedade, contudo suscita muitas divergências na doutrina, tendo em vista a semelhança entre eles e confusão, por exemplo, nos casos em que se tenta provar a propriedade por meio da prova da posse⁶⁷¹.

A simples detenção, também chamada de posse em sentido gramatical, é o fato que permite a pessoa ter algum objeto em seu poder e dispor dela conforme a sua vontade, contudo, a posse no sentido jurídico é a detenção física da coisa combinada com o ânimo de tê-la e usá-la como própria, ou ainda de dispor dela em seu nome, apesar da propriedade ser de outrem. Ademais, o autor apresenta a divisão entre em possuidor perfeito ou imperfeito, caso seja simultaneamente proprietário ou não, respectivamente⁶⁷².

Merece menção, por fim, o dicionário jurídico de Joaquim Sousa, no qual também une a detenção fática com o ânimo, entretanto, estabelece que a posse consiste em fato, enquanto o domínio em direito, pois este requer título hábil, enquanto aquela se obtém pela ocupação⁶⁷³.

⁶⁶⁸ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 41.

⁶⁶⁹ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 37-38.

⁶⁷⁰ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 317.

⁶⁷¹ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 341-342.

⁶⁷² ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 343.

⁶⁷³ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes**. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, n.p. "Posse he a detenção de alguma coiza, com animo de a ter para si. Differe do dominio: 1.º em que ella

6.2. Espécies/classificação

A posse pode ser, para Mello Freire, judicial ou extrajudicial, natural ou civil, nova, antiga, de breve, de longo, de longuíssimo tempo ou imemorial⁶⁷⁴, estas últimas serão importantes para a contagem da prescrição. A judicial é aquela conferida por juiz ou tabelião e a extrajudicial dispensa tais autoridades⁶⁷⁵.

A posse natural pode se apresentar de várias formas: (i) posse por fato, tão somente, existindo a apreensão e o ânimo, mas sem direito, vale dizer, de forma injusta; (ii) detenção nua e física do bem sem a intenção de a ter por sua; (iii) posse sem intenção de ter domínio pelo possuidor de má-fé; iv) posse natural quando se detém e mantém a posse com o corpo, ao oposto da civil, que a faz com o ânimo; (v) por fim, posse que se mantém por meio de um direito “menor” do que o domínio, como no penhor e servidão⁶⁷⁶.

Por outro lado, a posse civil, por sua vez, pode ser: (i) posse obtida apenas pelo direito, prescindindo do fator factual; (ii) posse requerendo o *animus* de ter o objeto como seu; (iii) posse com intenção de ter o bem como domínio e como possuidor de boa-fé; (iv) posse mantida apenas com o ânimo, sem tê-la “com o corpo”; (v) aquela em que o domínio e a posse coincidem na mesma pessoa. O autor ainda cita uma espécie mista entre a posse civil e a natural, onde estão combinados a posse que deriva de um fato e está amparada pelo justo título⁶⁷⁷.

Mello Freire comenta também algumas exceções onde legalmente pode existir a obtenção da posse sem a retenção física em oposição ao sistema romano que a exigia, no direito português estavam previstas hipóteses em que se adquiria *ipso iure* a propriedade e a posse, em especial pelo Alvará com força de Lei de 9 de novembro de 1754, como no caso da sucessão, quando o herdeiro assumia o domínio por direito

consiste em facto, e o dominio em direito. 2.º a posse adquire-se pela occupação, o dominio requer alem disto titulo habil[...]

⁶⁷⁴ CORTERREAL, A. X. de Barros; Branco, J. M. Cardoso Castello (coord.). **Collecção dos accordãos que contêm materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua installação**. Vol. 1 1834-1839. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, p. 41-43 (sessão em 10 de novembro de 1834): PORTUGAL. **Gazeta official do Governo**. Chronica Constitucional de Lisboa n.º 1-152. Lisboa: Imprensa Nacional, 1834, p. 721. Na jurisprudência constante aqui estava em discussão a propriedade de um terreno onde freiras do Convento de Esperança de Angra residiam, foi declarado como posse imemorial, pois no caso ficou provado que estavam ali por quase duzentos anos, que foi suficiente para estabelecer legítimo título.

⁶⁷⁵ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 55-56.

⁶⁷⁶ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 55-56.

⁶⁷⁷ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 55-56.

hereditário e a posse por meio da Carta de Lei, não sendo exigido que fosse pessoalmente até o bem para assumir a sua posse⁶⁷⁸.

As posses civil e natural podem ser consideradas opostas, a civil significa que tem a proteção do direito civil e pode, por meio dele, produzir consequências jurídicas, como a usucapião, e neste sentido é sinônimo de *ad usucapionem possidere*. Em oposição está a natural, que pode ser lida como uma negação da primeira e não produz usucapião⁶⁷⁹.

Lobão parece concordar com as modalidades trazidas por Mello Freire, mas apresenta grande esforço para aprofundá-las. A posse judicial, que é dada pelo juiz e tomada do tabelião, pode ser chamada de instrumentária e deve seguir os mandamentos legais, sob pena de ser interpretada como um espólio por parte da autoridade judicial, como na ausência de citação do antigo possuidor, o que acarreta nulidade. O instrumento fornecido pelo tabelião não faz parte da essência da posse, mas sim existe como prova e produz seus efeitos jurídicos. Por outro lado, a extrajudicial se dá mais a partir do fato da apreensão e seu exercício subsequente para manutenção⁶⁸⁰.

A respeito das posses civil e natural, novamente Lobão censura a simplicidade de Mello e insere as opiniões de Thomasius e Pegas para aprofundar o assunto. Primeiramente, a posse natural pode ser chamada de mera detenção sem a intenção de ser dono, enquanto a civil, ou jurídica, combina o ânimo de domínio; pode-se também considerar que a natural é de má-fé, enquanto a civil é caracterizada por boa-fé; acerca da manutenção da posse, a natural necessariamente se mantém com a detenção física e a civil basta-se com o ânimo⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 55-56.

⁶⁷⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérnia: Clark, 2003, p. 40-41 e 61.

⁶⁸⁰ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 96-97. Lobão na sua proposta prática apresenta soluções para problemas materiais, na prova da apreensão da posse utiliza-se testemunhas, existindo preferência da mais antiga se forem do mesmo dia, ou hora, assim por diante, e na impossibilidade de precisar as horas pode se dar a compossessão.

⁶⁸¹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 99-103.

As opiniões de ambos os autores citados por Lobão parecem estar alinhadas neste mesmo sentido e ao final reiteram a ideia de que o enfiteuta, usufrutuário, superficiário e depositário têm a posse natural⁶⁸².

A modalidade de posse transferida por lei parece ser semelhante à judicial e extrajudicial, exceto que a autoridade que concede o direito deixa de ser o magistrado, mas uma norma legal, sendo que não é classificada uma modalidade “não transferida por lei”, aqui Lobão acrescenta às notas de Mello Freire o Assento de 16 de fevereiro de 1786 e explica em maior profundidade a posse transferida pela Ordenação Filipina L. 4 T. 95⁶⁸³.

A quinta divisão apresentada por Lobão considera as formas fictas e simbólicas para aquisição da posse e o faz de forma mais extensa em comparação com a de Mello Freire pois entende serem de maior relevância na prática forense. A primeira destas hipóteses se verifica no caso de cláusula do constituto possessório ou da reserva de usufruto, que têm em comum a natureza e os efeitos jurídicos. Portanto, a questão levantada aqui pelo autor é que no caso de uma simples compra e venda, transfere-se o domínio, e por este, a posse; entretanto, quando existe a inserção da cláusula do constituto possessório o vendedor ainda deixa de possuir em seu nome e passa a possuir em nome do comprador, como no caso de uma locação⁶⁸⁴.

Prosseguindo-se nesta divisão, está presente a “tradição das chaves da casa”, salientando-se que este ato simbólico tem de: ser precedido de justo título capaz de transmissão da posse; ser resultado da vontade daquele que transfere as chaves; ser público⁶⁸⁵. “Por vista de olhos” ocorre ainda quando não há a tradição das chaves⁶⁸⁶.

⁶⁸² LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 104.

⁶⁸³ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 104-105.

⁶⁸⁴ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 108-113. Ainda são descritas as hipóteses legais em que se reputa válida a cláusula de constituto possessório.

⁶⁸⁵ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 113.

⁶⁸⁶ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das

Ocorre por “tradição do instrumento” a modalidade simbólica capaz de transferir a posse, contanto que preencha certos requisitos: (i) que o título transferido não seja o mesmo do negócio jurídico, mas seja o título original, antecedente à aquisição; (ii) que o bem objeto do título esteja visível; (iii) que o instrumento seja efetivamente entregue, sendo insuficiente a tradição ficta; (iv) que o alienante tivesse sob sua posse o bem alienado e não sob a de terceiro; (v) que a vontade bilateral das partes seja a de transferir e adquirir a posse da coisa descrita no título; (vi) no caso de compra e venda o preço deve ser pago à vista ou negociado o pagamento a prazo⁶⁸⁷.

Na modalidade acima parece assinalar que há a transmissão da posse quando o vendedor entrega ao comprador o justo título que lhe havia transferido a propriedade primeiro lugar, renunciando em favor do adquirente o instrumento original, o qual seria o documento capaz de comprovar sua propriedade primitiva e lhe garantiria a procedência em uma ação reivindicatória, por exemplo. Com o requisito de que o vendedor esteja na posse no momento da tradição do título e da transferência da posse significa que com a conclusão do negócio jurídico o comprador ingressaria na posse e, no caso de ação reivindicatória, se ambas as partes prescindem de título de domínio mantém-se a posse do atual possuidor.

Também se dá a posse por ficção de breve mão quando existe mudança do ânimo do proprietário em relação ao objeto, ao aliená-lo ou desistir de sua propriedade, enquanto se encontra na posse de outro, que a adquire por posse⁶⁸⁸.

Na “aposição de guarda ou selo”, o autor cita o exemplo de compra de bens que não podem ser transportados em sua totalidade de imediato, mas em que a aposição de certo meio de indicação de posse é suficiente para o simbolismo⁶⁸⁹.

A sexta divisão exposta por Lobão é a compossessão em comum, espécie também não citada por Mello Freire, mas que Lobão achou pertinente incluir, e

instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 114.

⁶⁸⁷ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 114-115.

⁶⁸⁸ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 115-116.

⁶⁸⁹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825, p. 116.

basicamente trata-se daquela posse que se dá simultaneamente com mais pessoas, ou “*Compossessio est jus condetinandae rei corporalis, eique consistendi cum animo sibi eandem cum alio habendi*”⁶⁹⁰.

Na sétima e última divisão, designada “a que o Direito resiste”, são estabelecidas exceções para casos de prescrição em relação a bens específicos, como com a coisa sagrada, que é imprescritível, ou seja, “resiste formalmente ao Direito”. Noutros casos, excepcionalmente, não há resistência ao direito de prescrição com tempo superior a quarenta anos ou a imemorial, isto se dá com os bens reais concessíveis; ou na sujeição do inferior ao superior, como no caso do vassalo ao rei; por fim a prescrição de um caminho público destituído de título ou imemorial⁶⁹¹, apesar de constar dos caminhos públicos, é seguro cogitar que trata de quaisquer bens públicos.

Correia Telles não adiciona modalidades diferentes, salvo sobre a posse de boa ou má-fé e comenta a respeito dos seus efeitos. O possuidor de boa-fé recebe todos os frutos até constituir-se a má-fé, não é responsável pela deterioração do bem e deve ser indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis. Por outro lado, o possuidor de má-fé deve restituir os frutos recebidos e os que deixou de receber por negligência, as despesas necessárias para a conservação do bem devem ser indenizadas, mas é responsabilizado pela deterioração, assim como pelo seu perecimento por caso fortuito, exceto se provar que aconteceria o mesmo caso o bem estivesse com o legítimo possuidor; por fim, é indenizável somente pelas benfeitorias necessárias⁶⁹².

Uma primeira definição da posse de boa-fé pode ser encontrada em Silvestre Ferreira, que afirma que a ocupação de boa-fé existe na hipótese de não se empregar força ou meio fraudulento e que o legítimo proprietário não busque retomar a posse⁶⁹³.

A boa-fé é presumida, ressalvados os casos em que o possuidor sabia ou deveria saber que seu título é injusto e de má-fé ou nas hipóteses legais de presunção de má-fé. A citação marca o termo legal para constituição de má-fé e a posse se torna

⁶⁹⁰ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 118. Ainda são citados outros exemplos tanto no direito nacional quanto no direito romano.

⁶⁹¹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 121-122.

⁶⁹² TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 87-90.

⁶⁹³ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo**. Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834, p. 85-86.

viciosa quando obtida por violência, clandestinidade ou subterfúgios. Contribuição importante é que este autor salienta a importância dos requisitos formais previstos em lei para a performance do ato jurídico, sendo que a ignorância deles não é suficiente para afastar a má-fé⁶⁹⁴.

Este autor difere dos demais no seu tratamento da posse civil, isto porque a define como a que é transferida por lei sem intervir ato algum do novo possuidor, o que fornece uma nova perspectiva, já que foca na forma como é transmitida, aproximando-se da posse legal como apresentada por Lobão. Num outro trecho, mantendo sua coerência, especifica que ela somente compete aos herdeiros legítimos de algum *de cuius* na sucessão dos seus bens, inclusive de bens vinculados e emprazados⁶⁹⁵.

Por fim, Correia Telles, também comenta sobre a Cláusula *constituti*, e que se o doador reserva o usufruto da coisa doada e no mesmo ato se constitui usufrutuário, entende-se transferida a posse. O autor igualmente refere a posse judicial prevista por Lobão e concorda com a previsão da nulidade na falta de citação do antigo possuidor⁶⁹⁶.

Liz Teixeira acrescenta, quanto à posse judicial que o juiz antes de dar ordem de posse a alguém deve citar o antigo possuidor para oferecer defesa, sob pena de nulidade e cometimento de espólio contra o possuidor⁶⁹⁷.

Este autor adiciona outras espécies, a primeira é a que é tomada naturalmente, pela tomada do bem móvel ou entrada no imóvel, ou a simbólica, quando existe a tradição das chaves ou entrega do título do imóvel. Pode haver a tomada *longa manu* ou *brevi manu*, quando o novo possuidor apenas vê à distância o objeto ou, por outro lado, tem-no efetivamente em seu poder, respectivamente⁶⁹⁸. Existe ainda a posse ficta e a real, o único exemplo que o autor expõe a este respeito é o do constituto possessório,

⁶⁹⁴ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 92-93.

⁶⁹⁵ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 93-94 e 97.

⁶⁹⁶ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 94 e 96.

⁶⁹⁷ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 45-46.

⁶⁹⁸ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 46-47.

onde um imóvel é alienado e no mesmo ato o alienante é constituído em arrendatário, portanto existe a posse ficta⁶⁹⁹.

A divisão em posse natural ou civil é categorizada por Liz Teixeira em razão do ânimo do possuidor e a sua definição de posse civil é bastante similar à concepção do ponto ‘iii’ de Mello Freire, de maneira que o autor salienta a importância da boa-fé na caracterização da posse civil em oposição à natural; assim, pode-se presumir a boa-fé do possuidor que ostenta título para seu direito, sendo ônus probatório de quem alega a incapacidade⁷⁰⁰.

A posse natural pode se apresentar de múltiplas formas, a primeira existe na ausência de um título e não se justifica senão pelo elemento fático, ou seja, o possuidor tem a coisa sob seu controle apesar de o direito não ser demonstrável. No entanto, esta espécie pode se tornar civil com a passagem tempo suficiente e caso não se verifique uma das hipóteses de vício, pois neste caso se presume o título⁷⁰¹. Basicamente, o autor prevê a possibilidade de que esta primeira modalidade de posse natural se transforme em civil por meio da usucapião, contanto que preencha os requisitos.

Uma segunda espécie é semelhante à “iii” de Mello Freire, no sentido de se amparar em má-fé, entretanto Liz Teixeira não cita sobre a intenção de obter domínio sobre ela ou não. A terceira hipótese é a cuja posse se sustenta em título nulo por efeitos legais, como na doação entre cônjuges. Em quarto lugar, o título é válido, entretanto é viciado pela incapacidade de transferência da propriedade e, conseqüentemente, da posse, exemplifica-se pela transferência operada por um mero depositário⁷⁰².

A primeira espécie de posse é a única ancorada pela boa-fé, portanto, as três outras espécies de posse listadas pelo autor possuem “obstáculos perpetuos a que o possuidor se possa considerar proprietário”⁷⁰³.

⁶⁹⁹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 44.

⁷⁰⁰ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 47.

⁷⁰¹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 48.

⁷⁰² TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 48.

⁷⁰³ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 48.

A prosseguir em seu comentário, concorda com Mello Freire no que toca à definição de simples detenção, apesar de considerá-la um pouco confusa⁷⁰⁴.

A posse pode conter vícios e o primeiro deles é o emprego de violência, hipótese em que o possuidor exclui o exercício da posse pelo proprietário fazendo-se valer de meio violento. Também é viciada se foi feita de maneira clandestina, ao ocultar sua detenção daqueles que podem reivindicar a posse. E o último vício tem relação com a precariedade, que surge quando existe um contrato, uma relação jurídica entre proprietário e possuidor, o qual é revogável pela vontade do proprietário e, por isto, depende da tolerância deste para que a posse daquele continue a ter efeito. Em todos estes casos, esta posse não pode conceder o direito de propriedade⁷⁰⁵.

Ainda, o possuidor de boa-fé tem o direito de ser reembolsado nas melhorias efetuadas ao seu prédio, até o limite da valorização do do valor venal, enquanto o que detém por má-fé pode levantar as que fez, ressalvando ao proprietário a possibilidade de retê-las ao pagar seu valor de mercado ao momento⁷⁰⁶. Entretanto, ambos os tipos de possuidores devem ser reembolsados pelos custos de manutenções e melhorias necessárias, contanto que o proprietário também as tivesse de fazer se não houvesse sido privado da posse, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa⁷⁰⁷.

Borges Carneiro, apesar de sustentar que a posse não é direito real, comenta sobre a posse de boa-fé e de má-fé no capítulo das ações reais. Concorda na subjetividade da distinção entre boa ou má-fé e que o possuidor de boa-fé recebe os

⁷⁰⁴ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 49.

⁷⁰⁵ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 50.

⁷⁰⁶ Art. 555.º: Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui ; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent.

⁷⁰⁷ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 54.

frutos enquanto mantém tal condição, isto porque também se presume senhor e, em consequência, pode de gozar de seu bem⁷⁰⁸.

Coelho da Rocha igualmente faz distinção entre posse judicial e extrajudicial⁷⁰⁹, mantendo as definições de Lobão, autor a quem referencia. Em relação à posse civil e à natural, entretanto, salienta que são divididas com relação ao ânimo do possuidor. A posse é civil quando é também perfeita, ou seja, a posse decorre do título da propriedade, igualmente pode dar-se através dos já citados Alvará de 9 de novembro de 1754, e assento de 16 de fevereiro de 1786; é natural quando for imperfeita, que muitas vezes inclusive recebe o nome de simples detenção, como ocorre quando o título não é de propriedade, a exemplo da locação⁷¹⁰.

Este autor ainda cita uma espécie de posse civilíssima, com menção na Lei de 17 de agosto de 1761, § 7⁷¹¹, qual seja a que detém a viúva nos bens do marido antes de receber os apanágios⁷¹².

Ademais, Coelho da Rocha divide a posse em justa ou injusta⁷¹³, entretanto não traz elementos que os seus antecessores não haviam já trazido. Divide a posse em de boa e má-fé, utilizando-se da subjetividade para caracterizá-las, ou seja, o possuidor será considerado de boa-fé quando tiver justos indícios objetivos para motivar a sua crença de boa-fé, ainda que seu título não seja justo, enquanto o de má-fé sabe ou deveria saber que possui a título de má-fé⁷¹⁴.

Deve-se sempre presumir o possuidor como de boa-fé, sendo ônus de quem alega a má-fé prová-la, exceto quando estabelecida a presunção legal de má-fé, como nas Ordenações Filipinas L. 2 tit. 27 § 3. A posse do sucessor pode ser de boa ou má-fé a depender também da sua ciência em relação ao título de seu antecessor ser ou não

⁷⁰⁸ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 124-125.

⁷⁰⁹ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 348-349.

⁷¹⁰ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 343-344. O autor adverte que na interpretação do Direito Romano a expressão *posse natural* causa incerteza, ora é considerada como simples detenção e ora como detenção em nome de outrem, como a do usufrutuário.

⁷¹¹ Disponível em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/67/111/p69>. Consulta em 29 abr 2021.

⁷¹² ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 344.

⁷¹³ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 344-345.

⁷¹⁴ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 345.

justo. Em quaisquer das formas, a citação para restituição da coisa, se provada, marca o termo inicial da posse de má-fé⁷¹⁵.

Quanto aos frutos e rendimentos o autor utiliza como referência o Código da Prússia para estabelecer que o possuidor de boa-fé os recebe na sua duração, devolvendo apenas os que recebeu antecipadamente, mas que, regularmente, venceriam após o fim da justa posse⁷¹⁶, ficando obrigado e satisfazer os encargos também até a duração da posse de boa-fé⁷¹⁷. Por outro lado, o de má-fé deve restituir os rendimentos percebidos e os que se perceberem em diante, tendo direito tão somente ao abatimento das despesas necessárias⁷¹⁸.

Em relação às benfeitorias e deteriorações, o possuidor de boa-fé recebe pelas necessárias e úteis, podendo escolher se será equivalente ao valor da valorização real ou ao custo, e as voluptuárias podem ser levantadas sem dano à coisa; as deteriorações não são de sua responsabilidade. O possuidor de má-fé, por sua vez, apenas recebe pelas benfeitorias necessárias e é responsável por todas as deteriorações, exceto se provar que o mesmo teria acontecido se não estivesse em sua posse⁷¹⁹.

Apesar do autor comentar sobre a posse de má-fé e boa-fé sob o tópico dos poderes do possuidor, preferiu-se, por questões organizacionais, inserir nesta seção das espécies de posse. Todavia, é interessante o critério que foi utilizado por Coelho da Rocha de tratar este aspecto como um poder do possuidor, que goza da presunção de ser proprietário.

⁷¹⁵ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 345-346.

⁷¹⁶ PRÚSSIA. **Code général pour les états prussiens**. Tomo primeiro. Paris: Imp. de la République, 1801. Parte 1ª tit. 7, art. 191. “Mais s'il a touché, par anticipation, des revenus qui ne sont payables que plus tard, il doit en restituer la valeur au propriétaire, dans le cas où leur jour d'échéance n'arriverait qu'après la fin de la légitimité de sa possession”.

⁷¹⁷ PRÚSSIA. **Code général pour les états prussiens**. Tomo primeiro. Paris: Imp. de la République, 1801. Parte 1ª tit. 7, art. 196. “Mais, d'un autre côté, il doit satisfaire à toutes les charges et dépenses arriérées desdites années, qui doivent être supportées par les produits”.

⁷¹⁸ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 352-353. Onde o autor também cita as Ordenações Filipinas L. 2. tit. 53 § 5, que trata de uma hipótese de presunção de má-fé nos casos em que algum oficial da Fazenda Pública arremata por leilão alguma propriedade recuperada por inadimplência, onde a ordenação determina que não pode reter os frutos ou alcançar a usucapião. Além disto, cita o art. 549 do código civil francês: Art. 549. Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi; dans le cas contraire, is est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

⁷¹⁹ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 353-354; PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural**: ou de Philosophia de Direito. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850, p. 106. (1844, p. 96). Concorde nestes termos, deixando bem claro que o possuidor de má-fé não deve ser indenizado pelas benfeitorias voluptuárias, pois não se pode forçar o possuidor legítimo não quis, o que o colocaria em situação menos favorável em relação ao possuidor de má-fé.

O autor ainda menciona a *quasi posse*, que tem lugar quando há a “posse” de direitos que não são representados por um objeto material e, neste caso inicia-se a posse do direito pela prática do seu direito, se for positivo, e caso seja negativo, por meio da oposição ao ato antes de ser completado⁷²⁰.

O autor ainda cita espécies menores de posse que aparentam ser puramente teóricas e didáticas, quais sejam, a posse ficta e a compossessão⁷²¹.

É possível ver que a jurisprudência segue o que é trazido pelos doutrinadores em relação ao possuidor de boa-fé deve ser presumido como proprietário até produção de prova em contrário, e por isto pode também perceber os frutos do bem⁷²².

6.3. Início, conservação e perda da posse

O mestre Mello Freire posiciona o início da posse quando existem o ânimo e a apreensão física por si ou por terceiros⁷²³. A manutenção da posse não requer a detenção física, ou “com o corpo”, basta o ânimo. A perda da posse, logicamente, dá-se com a extinção de ao menos um dos elementos que formam o seu início, portanto, caso haja a impossibilidade da detenção — seja por perecimento do objeto ou por furto ou invasão — ou a cessação do ânimo de possuir⁷²⁴.

Para a aquisição da posse, Lobão mantém o raciocínio de Mello Freire acerca da união entre os dois aspectos que conceituam a posse. Ele insere, entretanto, um novo elemento acerca da conservação, que detém presunção de ser continuada, ou seja, o ânimo de permanecer possuidor é pressuposto e deve durar enquanto não é interrompida por outros fatores⁷²⁵.

A respeito das formas de perda da posse, Lobão detalha as hipóteses de Mello Freire e acrescenta outras, como a “*ex defectu rei*”, “*in consequentiam actionis exercitae in judicio*” e “*ex aliorum facto*”. A primeira trata de um vício do próprio objeto,

⁷²⁰ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 348.

⁷²¹ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 348-351.

⁷²² Cortereal, A. X. de Barros; Branco, J. M. Cardoso Castello (coord.). **Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça**. 2.ª série (1847-1862). Porto: Imprensa Popular de J. L. de Sousa, 1871, p. 298 (17 de novembro de 1858).

⁷²³ Ordenações Filipinas L. 3, T. 45, § 10.

⁷²⁴ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 54-55.

⁷²⁵ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas**: adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressão Régia, 1825, p. 91-92 e 95.

exemplifica-se com algo que seja consagrado a algum culto religioso, um material que integra a construção de outro bem ou por aluvião, esta que acaba por resultar em perda do próprio domínio. A segunda deriva da atitude processual adotada, tendo em vista que o ajuizamento de ação de reintegração da posse ou ação petítória coloca necessariamente o autor na posição de destituído da posse. A terceira ocorre quando a posse é conservada pelo meio de outrem, como um colono, que por sua vez aliena a posse ou consente em perdê-la para um terceiro, apesar do autor reconhecer que esta última hipótese não é unânime na doutrina⁷²⁶.

Mais uma vez Correia Telles apresenta uma perspectiva interessante e diferente de outros autores: ao olhar para a manutenção da posse, na seção intitulada “Do direito de reter a posse”, elencou hipóteses nas quais existe turbacão da posse e sua consequente interrupção/cessacão, maneira pela qual se presume mantida a posse até a ocorrência de algum dos eventos previstos, o que se coaduna com o título da secção e pode ser interpretado como um dos direitos do possuidor⁷²⁷.

Dentre os cenários onde se pode considerar turbada a posse, uma que merece menção é a de mudançã da corrente de um rio ou fonte d’água pública, na qual os prejudicados devem ser considerados como turbados na sua posse e requererem a restituicão e indenizacão⁷²⁸.

Chama atençã pois o que efetivamente há é a desvalorizacão do imóvel que se vê ausente de suprimento de água e talvez até mesmo uma reduçã no poder de gozar da propriedade, entretanto, o autor preferiu escolher a violacão da posse para providenciar um remédio legal ao prejudicado.

Diferentemente dos outros autores que consideram que a posse natural se mantém apenas com a retençã física da coisa, Correia Telles considera que a posse natural se mantém também apenas com o ânimo⁷²⁹. Por fim, concorda com os demais a

⁷²⁶ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso pratico, e criticas**: addicões, ilustrações, e remissões, á imitaçã das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Impressã Régia, 1825, p. 94-95.

⁷²⁷ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da naçã portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 103-109.

⁷²⁸ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da naçã portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 106.

⁷²⁹ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da naçã portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 103.

respeito que se perde a posse quando se dá a impossibilidade física de deter o objeto ou perda do ânimo de tê-lo⁷³⁰.

Liz Teixeira concorda com Mello Freire quanto ao início da posse, salientando que no caso do bem ser imóvel cabe ao possuidor estar presencialmente para iniciar sua posse, sendo desnecessário que percorra toda sua extensão. Excepcionalmente, todavia, no caso de posse ilegal, o “usurpador” toma posse somente das partes que consegue fisicamente controlar. Por fim, nos casos de menores impúberes ou pessoas absolutamente incapazes, não podem constituir o elemento volitivo da posse, que se pode suprir pela do tutor ou curador⁷³¹.

A manutenção da posse é apresentada de forma idêntica à de Mello Freire e com a presunção de continuação adicionada por Lobão. Para aquisição da posse por meio de outrem é necessário que as vontades do mandante e mandatário estejam alinhadas, ou seja, a vontade de ter o objeto, entretanto na manutenção da posse por meio de outrem este requisito já não se apresenta, pois neste caso ainda que o mandatário não mantenha a vontade, continua a possuir em nome do mandante, segundo o princípio *llud a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam suae possessionis mutare posse*⁷³².

A cessação da posse como construída por Mello Freire é seguida por seu comentador, que apenas acrescenta exemplos⁷³³.

Coelho da Rocha, por fim, coloca três requisitos para a aquisição da posse: o *animus* de possuir o objeto; a apreensão fática e, por fim, algo não previsto pelos demais, a necessidade do bem não estar excluído do comércio e ser determinado. As formas de apreensão consideradas por Coelho da Rocha são as apresentadas por Lobão, às quais o autor constantemente cita, quais sejam: *naturaliter*, para os móveis e semoventes; *symbolice*, com transmissão das chaves de imóveis; *longa manu*, pela

⁷³⁰ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez:** ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado às leis e costumes da nação portugueza para servir de subsídio ao novo código civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 114.

⁷³¹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 42.

⁷³² TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 43; D. 41.2.3.19.

⁷³³ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português:** para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 44-45.

simples visualização; *brevi manu*, com a declaração do antigo possuidor; *ficta*, quando o antigo possuidor transmitiu a propriedade para o novo⁷³⁴.

A divisão da posse em judicial ou extrajudicial é tratada por outros autores nas espécies de posse, mas é inserida por Coelho da Rocha na apreensão da posse, como as maneiras possíveis de fazê-la, apesar de não inovar nas suas definições e utilizar as que Lobão já havia ensinado⁷³⁵.

A conservação depende da espécie de posse de que se trata, a natural depende da detenção, enquanto a civil se dá somente com o ânimo, ainda que a capacidade do possuidor se altere, ou seja, fique absolutamente incapaz, cessando somente caso suceda outras da circunstâncias previstas. É por esta razão que no caso de bens sequestrados, a posse se mantém naquele de quem foi tirado, pois o depositário goza somente da detenção⁷³⁶.

A perda da posse pode se dar voluntariamente em duas hipóteses, pela transmissão ou pela derrelicção expressa ou presumida, também chamada de tácita. Perde-se necessariamente caso o possuidor seja impossibilitado de exercer a detenção ou dispor materialmente da coisa, v.g. no furto e contração de móveis⁷³⁷, ou caso a tenha perdido; enquanto nas coisas imóveis, quando se impede o possuidor de entrar ou dispor do bem, ou com a espoliação caso não haja oposição do possuidor dentro de um ano e um dia. O mesmo se dá com os mandatários do possuidor perfeito, entretanto em relação a este, só se perde com a recusa manifesta em restituir o bem⁷³⁸.

6.4. Direitos do possuidor

Igualmente ao que sucede no domínio, a posse garante ao seu titular uma gama de direitos ou prerrogativas. Os efeitos da posse, para Mello Freire, autorizam o possuidor a dispor dela e transferi-la para terceiros, fazer uso das ações reais para garantir a proteção processual do seu direito, tanto para obtê-lo, retê-lo ou para

⁷³⁴ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 347-348.

⁷³⁵ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 348-349.

⁷³⁶ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 349.

⁷³⁷ L. 15. *eod.*

⁷³⁸ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 349-350.

recuperá-lo. Salienta-se que se pode valer das ações reais tanto o possuidor justo como o injusto⁷³⁹.

Lobão trata a respeito deste assunto noutra obra, o *Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interdictos e remedios possessorios geraes e especiaes conforme o direito romano, patrio e uso das nações*⁷⁴⁰, onde lista doze poderes que podem ser atribuídos ao possuidor. Este rol é, de forma geral, uma recapitulação daquilo já exposto pelo autor sobre a posse e pode ser resumido em seis poderes: (i) presunção de ser proprietário⁷⁴¹; (ii) presunção de ser possuidor de boa-fé, sobre a qual é dispensado de apresentar novas provas ou o título da sua posse, especialmente se tem a posse judicial; (iii) não ser obrigado a restituir a coisa enquanto não for comprovado o domínio de outrem e perceber os frutos até a contestação da propriedade; (iv) defender-se por autoridade própria; (v) preferência na posse em ação possessória onde há igualdade de títulos; (vi) preferência na compra do imóvel em concurso de compradores⁷⁴².

Correia Telles aparenta ter sido diretamente influenciado por Lobão, porque concorda com todos os poderes já citados por este, não tendo acrescentado muito⁷⁴³. Além do poder de reivindicação, o autor ainda autonomiza em sua própria seção o direito de recuperar a posse, declarando que todo o possuidor, ainda que tenha sua posse viciosa, pode defendê-la nos termos legais, assim como recuperá-la se for esbulhado⁷⁴⁴.

Liz Teixeira reconhece a concisão exagerada de Mello Freire e se propõe a aprofundar a respeito do assunto. Preliminarmente o autor adverte que alguns poderes

⁷³⁹ FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 57.

⁷⁴⁰ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interdictos e remedios possessorios geraes e especiaes conforme o direito romano, patrio e uso das nações**. Lisboa: imprensa nacional, 1867.

⁷⁴¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law**. Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérsea: Clark, 2003, p. 10.

⁷⁴² LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interdictos e remedios possessorios geraes e especiaes conforme o direito romano, patrio e uso das nações**. Lisboa: imprensa nacional, 1867, p. 9-10.

⁷⁴³ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 86-91.

⁷⁴⁴ TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I. Coimbra: imprensa da universidade, 1835, p. 108-110.

somente são garantidos aos possuidores de boa-fé e outros são comuns para qualquer espécie⁷⁴⁵.

O primeiro deles é o da prescrição, que é o direito de transformar a posse em propriedade, ou seja, “de adquirir pela posse a propriedade da coisa possuída, quando esta posse tem existido durante um certo tempo fixado pela lei”⁷⁴⁶; aqui o autor classifica a usucapião, portanto, como um dos direitos do possuidor de boa-fé. Os demais dois direitos são comuns ao proprietário: retirar os frutos; e reivindicá-la de quem a possui sem título⁷⁴⁷.

Por fim, o poder comum a todos os possuidores “consiste o principal em a posse o fazer reputar interina ou provisoriamente proprietário da coisa que possui, até que o autor reivindicante justifique o seu direito⁷⁴⁸”. E para isto lhes é garantido acesso a remédios processuais para serem mantidos ou restabelecidos na posse⁷⁴⁹. No caso de existirem dois ou mais possuidores a discutir a posse de determinada coisa, a regra geral é sempre a do melhor título, portanto, o proprietário verdadeiro tem melhor título do que do possuidor não proprietário; este, por sua vez, caso goze de justo título, tem melhor condição que aquele que não possui título, ou cujo título não ostenta boa-fé ou validade. Em última hipótese, se as partes possuírem a mesma condição, a preferência deve ser dada ao possuidor atual, vale dizer, *in pari causa melior est possidentis*⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 51.

⁷⁴⁶ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 51.

⁷⁴⁷ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 51-52.

⁷⁴⁸ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 53. A única ressalva feita pelo autor é que no caso de ser comprovada a má-fé do possuidor, ele deve ser condenado à indenização dos frutos percebidos e também daqueles que poderiam ter sido percebidos, em caso de negligência.

⁷⁴⁹ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 54. Designa duas ações que são dadas ao possuidor, a *ad retinendam possessionem* e a *ad recuperandam*, para a manutenção na posse e outra para ser na posse restabelecido, respectivamente.

⁷⁵⁰ TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direito Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: imprensa da universidade, 1845, p. 51.

Borges Carneiro adiciona pouco a este tópico, posto que apenas o coaduna com os demais sobre a presunção de boa-fé e do possuidor ser também senhor do objeto⁷⁵¹.

Os direitos garantidos aos possuidores, por Coelho da Rocha, podem variar de acordo com a espécie de posse, entretanto, alguns poderes são comuns a todos, os quais não divergem dos trazidos por Lobão, que o autor cita especialmente a respeito da capacidade processual do possuidor para defender sua posse.

Estas ações preveem como vantagem a prescindibilidade da prova da propriedade, o que usualmente a torna mais fácil, por isso são utilizadas não somente pelos simples possuidores ou possuidores naturais, mas também pelos proprietários e possuidores perfeitos. Coelho da Rocha cita três delas: a ação para pedir a posse; ação de manutenção na posse e ação de espólio⁷⁵².

O que é mais importante destacar neste ponto é que as referidas ações são utilizadas pelos legitimados em momentos diferentes, vale dizer, na ação de pedir a posse, o autor não a tem e nunca a teve, mas se encontra impedido; na ação de manutenção da posse, o autor detém a posse, entretanto se encontra perturbado em seus direitos como possuidor ou possui justo e fundado receio de sofrer perturbações, requerendo, portanto, a proteção preventiva; por fim, na ação de espólio, o requerente não tem a posse, mas no pretérito já a teve e busca recuperá-la⁷⁵³.

Uma última nota que se faz a respeito de Coelho da Rocha é acerca de um dos poderes que atribui ao possuidor, onde escreve “O possuidor perfeito sómente cede ao proprietário” no contexto processual onde se discute a posse. Esta afirmação parece contraditória, pois de acordo com as definições que o próprio autor confere aos dois conceitos de possuidor perfeito e proprietário, trata-se de uma mesma coisa e não se pode verificar um caso em que o possuidor perfeito não é o proprietário⁷⁵⁴⁷⁵⁵..

⁷⁵¹ CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847, p. 39.

⁷⁵² ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 354.

⁷⁵³ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 355-357.

⁷⁵⁴ Código da Prússia 1ª parte, tit. VII, art. 175. “Le possesseur parfait n'est obligé à céder qu'au véritable propriétaire”.

⁷⁵⁵ ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1852, p. 351-352.

6.5. Síntese conclusiva

Ao final verifica-se que os autores parecem unânimes no sentido de indicar a posse como a detenção física de certo objeto com o ânimo de tê-lo como seu. Em relação a ser um direito real ou pessoal, Borges Carneiro e Correia Telles classificam como pessoal. Mello Freire divide em parte fato e parte direito, à semelhança daquilo que Savigny exporia em seu tratado sobre a posse alguns anos depois.

A distinção entre posse e simples detenção no sistema mantido pelos autores funciona da seguinte forma: a propriedade perfeita somente se dá com a propriedade, é a chamada posse do proprietário, nos outros casos o possuidor não possui em nome próprio, mas sim em nome de outrem e é simples detentor. Apesar de não ser possuidor, entretanto, tem acesso às ações possessórias e as ajuíza como autor direto, prescindindo de representação ou anuência do proprietário.

A respeito da natureza jurídica assumida pela posse, pode-se concluir que a doutrina majoritária concorda na posse não ser um direito pessoal, mas sim real, e a consequência lógica disto é que as ações possessórias devem ser consideradas reais.

A tradição subjetivista é unânime entre os autores, que interconectam a apreensão física do objeto com o elemento volitivo de tê-lo como seu, apenas Lobão adiciona o detalhe que o objeto não seja proibido do comércio, certo e divisível. Neste sentido, a simples detenção ocorre quando não se constata o ânimo, o único que não expõe desta forma é Coelho da Rocha, mas que menciona a posse perfeita e imperfeita.

É neste ponto que se nota o principal obstáculo da má separação entre a posse e a propriedade, a posse verdadeira ou perfeita somente se dá em simultâneo com a propriedade, os títulos para obter a posse são os mesmos da aquisição da propriedade.

Acerca dos tipos de posse, a discussão mais relevante gira em torno da posse civil e a natural. Viu-se que as fontes romanas por si só não eram suficientemente claras em traçar a ideal separação entre ambas e, até certo grau, no período analisado, esta confusão se mantém, posto que os autores não conseguem apresentar distinção suficiente entre os institutos, às vezes aparecendo como posse imperfeita, outras como injusta.

Ainda é importante ressaltar a evolução da teoria da boa-fé que existe na posse de boa-fé e o valor que os autores dão para esta modalidade, favorecendo a posição daquele que possui de boa-fé.

7. CONCLUSÃO

Ao primeiramente analisar a evolução histórica do pensamento jurídico foi impressionante observar que o direito romano, ainda que através da compilação justinianeia, sobreviveu e de forma relevante por tantos séculos, sendo a principal fonte de estudo nas universidades até o século XVIII. Foi constantemente reinventado e readaptado para se encaixar às novas necessidades sociais de cada época culminando com o *usus modernus pandectarum*, uma última tentativa de revitalizar o direito romano.

Entre o período da recepção do direito romano na Europa e o período estudado, entretanto, foi gradativamente sendo suplementado e substituído por demais fontes do direito, em especial os direitos nacionais e os costumes. Apesar dos esforços desempenhados pelo movimento reformador, o direito romano manteve-se de alguma maneira relevante ainda até meados do século XIX.

Como visto, o modelo de ensino português até o grau universitário foi duramente criticado por Luís Verney e sua obra reverberou fortemente nos ideais portugueses da segunda metade do século XVIII. Em especial, percebe-se que gerou um “efeito dominó” visível em todos os atos da reforma pombalina, sendo traçável este liame causal de volta para seus escritos, a ênfase do direito natural, o uso moderno do direito romano, a filosofia moral como forma de evidenciar e utilizar princípios imutáveis e intemporais, a modernização do modelo de ensino jurídico em substituição ao jesuítico, o método de ensino compendiário e a formação do jurista útil ao Estado.

O movimento reformador do século XVIII exerceu imensa força de mudança sobre o pensamento jurídico, especialmente por alterar o ensino universitário, que, em sequência, foi responsável pela formação da geração de juristas do século posterior, cujos textos foram analisados, e o substrato do período pré-codificação português.

Como mencionado, a Lei da Boa Razão funciona como um prelúdio ao Compêndio e aos Novos Estatutos no sentido que apresentam os mesmos argumentos e serve ao mesmo propósito de operar maior controle estatal, seja sobre a produção legal, seja sobre o ensino jurídico. Os ditames sobre quais fontes do direito são ou não utilizáveis em tribunal e em sala de aula têm o efeito de concretizar a centralização de todo o poder no ente estatal.

Em conclusão, concorda-se com a opinião de Braga da Cruz⁷⁵⁶, a Lei da Boa Razão, afinal, não foi bem sucedida na sua tarefa de acabar com a confusão jurídica sobre as fontes do direito, haja vista que a reintrodução do conceito de boa razão como valor jurisprudencial não se mostrou suficientemente confiável e constante para estabilizar os chamados abusos que se tinha comprometido a findar e, num momento posterior, foi maleável o bastante para que cambiasse em significado décadas depois por efeito do pensamento liberal.

O Compêndio Histórico e os Estatutos concluem o projeto de domínio estatal sobre o direito, sendo considerados como a parcela pedagógica do projeto reformador, expondo e remediando diversos problemas que se entendia haver com a universidade, não apenas naquele período, mas que se estendiam já por séculos. Põem em prática, portanto, nos planos de ensino as matérias defendidas por Verney e adotadas durante o pombalismo. A leitura dos *Novos Estatutos* permite notar que a inserção de um aspecto prático, acompanhado por respectivo compêndio, para ensinar as faces práticas das disciplinas aproxima-se muito da tipologia de uma disciplina de direito processual.

Como se observou, as reformas foram parte de um plano maior, pensado e programado para servir os objetivos iluministas que se encontravam em voga naquele momento. De maneira geral, concorda-se com a conclusão de que este projeto foi bem sucedido, tendo alterado profundamente o desenvolvimento da universidade, no entanto, no aspecto prático, não se pode ignorar, que tais inovações súbitas e radicais encontraram a Academia ainda em letargia e essa somente abraçou as mudanças por completo décadas depois.

Foi importante destacar o elemento histórico que escala até a Revolução do Porto e todas as suas sequelas para justificar o influxo das ideias liberais que deram início ao período liberal-individualista e sua importância para o encaminhamento até a codificação, começando-se pela constitucional.

Afinal, é necessário que certos elementos sociais, históricos, políticos e jurídicos estejam presentes para se implantar a codificação. A sociedade do Antigo Regime não poderia ter uma real codificação, era preciso superá-la. O contratualismo, o direito natural, o racionalismo, o ideal de igualdade (ainda que apenas jurídica), uma sociedade sem classes e privilégios, a codificação constitucional são todos elementos que preparam a codificação.

⁷⁵⁶ CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975, p. 306-307

As constituições funcionam como um reflexo histórico das suas instituições políticas, sociais e jurídicas, mas também dos interesses que as circundavam e é possível observar a evolução destes institutos na medida da interpretação dos textos constitucionais analisados. O texto da Constituição de 1822 é a que apresenta maior carga de preocupação com os direitos individuais, arrolando-os já nos primeiros artigos, elegendo como principais a liberdade, a segurança e a propriedade, esta que, por sua vez, é sacralizada.

A ânsia pela codificação se justifica pelo excesso de fontes ainda usadas pelo direito nacional, a presença de fontes tão antigas quanto as romanas e o insucesso da Lei da Boa Razão causavam grande insatisfação tanto do lado político quanto do jurídico e acreditava-se que um código civil teria o potencial de sanar tais adversidades.

A propriedade somente pode ser vista no período pré-codificação a partir da sua perspectiva como direito natural. O desenvolvimento do jusnaturalismo racionalista fez com que os autores se debruçassem sobre a questão da origem da propriedade, especialmente quando tentavam estabelecer sua natureza jurídica, de maneira que pudessem justificar cientificamente a autoridade para conceituá-la e a legitimidade para impor-lhe limites.

A fim de explicar a origem da propriedade existiam, como ficou visto, quatro principais teorias, a primeira a posiciona na ocupação do bem, a segunda a justifica pelo trabalho e especificação exercida sobre a coisa, a terceira defende que ela surge juntamente com a lei e, por fim, a quarta pretende que ela se justifica em uma convenção geral.

Cada uma das teorias possui seus méritos e contribuíram para o desenvolvimento do direito de propriedade, mas o que é importante salientar é que é possível verificar um certo liame lógico de progressão entre elas, onde cada uma tenta apresentar uma versão aprimorada da anterior.

Verificou-se que Cardoso da Costa, Silvestre Ferreira e Seabra argumentam que a origem da propriedade se encontra no trabalho, embora prevejam a necessidade da garantia por meio da lei, esta não é essencial para a sua origem, somente sua garantia. Seabra sequer considera a ocupação como uma forma de aquisição da propriedade. Vicente Ferrer também parece concordar com a origem no trabalho, entretanto acaba por personalizar sua teoria e desenvolver elementos próprios.

Como também foi assinalado, a influência de Adam Smith e sua obra *A riqueza das nações* é bastante notável, nomeadamente nos escritos de Seabra e Cardoso da

Costa, verifica-se a requalificação do trabalho como principal produtor do valor e da riqueza, além da ótica individualista na responsabilização pelo maior ou menor acúmulo da riqueza.

Se pelo lado do direito natural a propriedade era interpretada como ilimitada, no direito civil, ao tratar nos manuais de direito privado, os autores comentam acerca da imposição de certos limites e quais são suas justificativas. As justificativas para a imposição de limites surgem, em regra, pela necessidade de regulação social e o resguardo dos direitos análogos dos demais.

A propriedade, portanto, era balanceada pelo interesse público, existindo a previsão de expropriação, inclusive. A condição para que se impusesse quaisquer balizas era que fosse sempre a menor restrição para atingir, simultaneamente, o maior bem comum, deixando de maneira mais transparente possível qual era o motivo e de que maneira isso atendia ao objetivo comum.

Caso se falhasse em preencher tais requisitos a interferência pública no domínio privado deveria ser interpretada como uma violação do contrato social e uma usurpação.

A propriedade, quando reduzida a conceito, é visualizada sempre a partir de uma ótica privada e individual, que coloca à disposição do proprietário poderes quase absolutos e exclusivos sobre o bem, recebendo proteção em todos os níveis jurídicos e é colocada em uma esfera quase inatingível.

A exclusividade na disposição e na utilização da coisa como parte nuclear do conceito da propriedade se torna regra nos autores após Cardoso da Costa, por fim Coelho da Rocha inclui o fato de o domínio ter por sua natureza a característica de irrevogabilidade, exclusividade e em termos gerais ilimitabilidade.

As perspectivas e construções dos autores em tons liberais levavam à hipótese de que não existiria nenhuma limitação à propriedade, entretanto quando se estuda seus escritos verifica-se que não se encontravam tão desatentos aos problemas sociais e sua conexão com o direito civil e buscavam soluções e justificativas de acordo com suas próprias teorias. Seabra inclusive vislumbra uma espécie de sistema de previdência social para aqueles que não pudessem alcançar o próprio sustento e Silvestre Pinheiro Ferreira produz uma interpretação de uma noção de função social da propriedade.

Por isto, o liberalismo que se vê gravita mais em torno do reformador que do revolucionário, talvez pelo mesmo motivo pelo qual o iluminismo italiano foi mais fecundo aqui em comparação ao revolucionário, mas próximo ao modelo francês.

A posse, por fim, é perpassada pela discussão do direito pessoal ou real e as tradições romanistas ou germanistas, pelas teorias objetivista e subjetivista, por Savigny ou Ihering⁷⁵⁷.

Ademais, como visto, a posse não é explicada pelos autores como inteiramente autonomizada em relação ao domínio, ora é apresentada como um primeiro passo para aquisição da propriedade, ora como existente apenas quando acompanhada pela propriedade, em nome próprio ou alheio, como alguns autores ainda especificam.

Assim como no domínio, vê-se na doutrina da posse o valor da boa-fé do titular no exercício do seu direito. No domínio o justo título depende da boa fé para existir, quanto à posse, modifica qual espécie de posse será configurada e gera efeitos sobre a restituição de frutos e responsabilidade por perdas e danos.

A posse civil e natural é sempre abordada pelos autores, entretanto, como apontado, há muita confusão sobre os dois institutos até mesmo em suas fontes primárias, o que faz com que as descrições sejam vagas e muitas vezes repetidas de uns para outros sem apreciação crítica a respeito do conteúdo. A definição de posse natural é justaposta com a de simples detenção sem a preocupação de diferenciá-las, para alguns têm as mesmas definições de posse de boa ou má fé.

Conclui-se que os primeiros autores, Mello Freire e Lobão, permanecem ligados ao sistema do Antigo Regime, onde foram formados, e apresentam ainda ideias mais conservadoras a respeito do domínio e da posse. Cardoso da Costa e os demais, já influenciados pelas ideias liberais do século XIX, delineiam conceitos mais próximos dos individualistas em relação ao conceito, poderes e limitação.

Vicente Ferrer Neto Paiva é considerado o autor que traz, graças ao seu compêndio de direito natural, os ideais liberais para a Academia portuguesa, todavia é possível notar influências liberais nos autores que o precederam e nos que foram contemporâneos, em especial Silvestre Pinheiro Ferreira, Cardoso da Costa e Seabra, os dois últimos são ainda influenciados pelos escritos de Adam Smith.

Como foi demonstrado, os tons liberais ficam bastante acentuados em alguns pontos dos textos, quando advogam pela absoluta liberdade de testar, ou quando desenvolvem os direitos individuais num certo plano lógico que incorrem em elevada abstração, admitindo que deixam de se importar com os efeitos reais das conclusões jurídicas adotadas.

⁷⁵⁷ A comparação com Ihering serve apenas um propósito didático, para esclarecer a forma como funcionava o sistema paralelo, já que não influenciou os autores analisados.

Paradoxalmente, em algum ponto posterior, os autores apresentam cautela, certa moderação e reformismo quando expõem os limites da propriedade como direito natural e civil, conformando-se com restrições em face do interesse público e reconhecendo que alguns sistemas de propriedade podem, em última hipótese, gerar severa desigualdade econômica.

Julga-se ter ficado demonstrado que as conceituações dos autores eram individualistas e liberais, enquanto as limitações eram moderadas e temperadas pelo interesse público. Os limites parecem apontar para os próprios princípios de sociabilidade e especialmente para o próprio sistema de direito natural, em que os direitos análogos e correspondentes dos demais membros do grupo social também devem ser defendidos pelo direito.

Ademais, como ficou dito, a teoria de Ahrens introduz a ideia de que a propriedade serve ao propósito de garantir ao Homem o acesso aos meios físicos que necessita para garantir sua subsistência e seu progresso intelectual e físico; Seabra assimila esta teoria e a desenvolve ainda adiante, tornando-a aspecto central no seu sistema, contudo a conexão entre o direito de propriedade e a preservação e progresso humanos parece criar barreiras lógicas acerca da acumulação de propriedade, quando em excesso, ou da sua privação, quando em insuficiência. Este critério aparenta impor a existência de um limite hipotético que um indivíduo simultaneamente necessite e consiga administrar eficientemente para atingir aquele objetivo e, por outro lado, a existência de um limite mínimo para garantir o seu alcance.

Pode-se concluir que, para os autores estudados, a propriedade é dotada de uma concepção individualista e que se consolida uma propriedade privada garantidora ao titular de certos direitos individuais, em especial o de exclusão de terceiros, os quais podem ser protegidos por meio da tutela jurisdicional para afastar abusos privados ou públicos.

Muito embora se possa dizer que existe a consolidação da propriedade privada nos moldes acima delineados, julga-se ter ficado demonstrado que não se concebia uma propriedade ilimitada e ausente de regulação. Todos os autores preveem a imposição de determinados limites e sujeição do interesse privado ao público, sendo que muitos doutrinadores se dedicam a trabalhar o aspecto de sua utilidade pública e da necessidade de ser temperada pelo interesse comum.

Em síntese, esta pesquisa permitiu demonstrar que os textos sobre a propriedade e a posse do período da pré-codificação civil portuguesa favorecem a construção privada, mas não o extremo individualismo desconectado do aspecto social.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLAÇÃO E FONTES PRIMÁRIAS:

D'ORS, Alvaro... [et al]. **El digesto de Justiniano**. Tomo III. Pamplona: Aranzadi, 1975.

FRANÇA. **Code civil des français**. Édition originale et seule officielle. Paris: de l'imprimerie de la république, 1804.

JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. **Estatutos da Universidade de Coimbra**. Lisboa: Régia Oficina Typografica, 1773.

KRUEGER, Paulus. **Codex Iustinianus**. Vol. 2. Berolini: Apud Weidmannos, 1906.

MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Livros II e III. Facsimile da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Livros IV e V. Facsimile da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

PRÚSSIA. **Code général pour les états prussiens**. Tomo primeiro. Paris: Imp. de la République, 1801.

PORTUGAL. **Código Civil Portuguez**. 2.^a ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

PORTUGAL. **Código administrativo**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1842.

PORTUGAL. **Actas das sessões da comissão revisora do projecto de código civil portuguez**. Lisboa: Editora Imprensa Nacional, 1869.

MONOGRAFIAS:

ABREU, António José Teixeira De. **Estudo sobre o Código Civil Portuguez: Das Servidões**. Vol. 3, Tomo 1. Coimbra: imprensa académica, 1895.

ABREU, António José Teixeira de. **Lições de Direito Civil Português**. Tomo 1. Coimbra: Editor França Amado, 1898.

AHRENS, Henri. **Curso de direito natural ou de philosophia do direito segundo o estado actual da sciencia em Allemanha**. Trad. Francisco Candido de Mendonça Mello. Lisboa: Tipographia da Viuva Rodrigues, 1844.

ALBUQUERQUE, Pedro. **Direitos reais**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2009.

ARAÚJO, Ana Cristina (coord.). **O Marquês de Pombal e a universidade**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2000.

BANOND, Isabel. **História das ideias políticas**. 1.^a ed. Cascais: Princípia, 2014.

BANOND, Isabel. **Monografia sobre a vida e obra de um autor do século XIX: Vicente José Ferreira Cardoso da Costa**. Separata de Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

BERNAL, Jose Sanchez Arcilla. **Historia de las instituciones politico administrativas contemporâneas (1808-1975)**. Madrid, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979.

BONNECASE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris: Boccard, 1924.

CAETANO, Marcello. **História breve das constituições portuguesas**. Lisboa: Editora Editorial Verbo, 1965.

CALHEIROS, Maria Clara. **A filosofia jurídico-política do krausismo português**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito Civil de Portugal**. Tomo IV. Lisboa: Typographia de António José da Rocha, 1847.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Vol 1, Tomo 1. Coimbra: Almedina, 1999.

CORDEIRO, António Menezes. **Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito de Claus-Wilhelm Canaris.** Lisboa : [s.n.], 1989 Sep. de: Manuais Universitários da Fundação Calouste Gulbenkian

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português.** 5ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso. **Explicação da arvore que representa o prospecto do codigo civil portuguez.** Lisboa: Typogr. De Antonio Rodrigues Galhardo, 1822.

COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da. **O que he o Código Civil?.** Lisboa: Typographia de António Rodrigues Galhardo, 1822.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.** Sep. de: Scientia Iuridica, nº 4. - Comunicação apresentada à VII secção do II Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, 1954. Braga: Scientia & ARS.

Dicionário de História de Portugal. Vol. IV. Porto: Livraria Figueirinhas, 1981.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Constituição política do Império do Brasil e Carta constitucional do Reino de Portugal.** 2. ed. Paris: Rey e Gravier J. P. Aillaud, 1835.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Cours de droit public interne et externe.** Vol. 1. Paris: Rey et Gravier, 1830.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão.** Paris: Rey et Gravier, 1836.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo.** Tomo I. Paris: Rey e Gravier, 1834.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Précis d'un cours de droit public interne et externe.** Paris: Rey et Gravier, 1830.

FITZPATRICK, Martin et al. **The enlightenment world.** Londres: Routledge, 2004.

FOTHERINGHAM, Lynn S. **Persuasive Language in Cicero's Pro Milone: A close reading and commentary.** Londres: University of London Press, 2013.

FOUTO, Ana Caldeira et al. **Textos de história do Direito**. Lisboa: Editora AAFDL, 2018.

FRANCO, José Eduardo; PEREIRA, Sara Marques (coord.) **Compêndio histórico da universidade de Coimbra**. Porto: Campo das Letras, 2009.

FREITAS, Pedro Caridade de. **Um testemunho na transição para o século XIX**: Ricardo Raimundo Nogueira. Coimbra: Almedina, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 6ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GONZAGA, Tomás António. **Tratado de direito natural**. Rio de Janeiro, 1957.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb. **Elementa juris naturae et gentium**. Venetiis: ex Typographia Balleoniana, 1791.

HERMAN, Fuzier. **Code civil annoté**. Paris: Rédaction & Administration, 1885

HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

HESPANHA, António Manuel (coord.). **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

HESPANHA, António Manuel. **Prática social, ideologia e Direito nos séculos XVII a XIX**. Separata de: *Vértice*, 340 a 342 (1972). Coimbra: Atlântida, 1972.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Iluminismo e direito em Portugal**: o reinado de D. José I. Lisboa: [s.n.], 1987.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820) Lisboa: [s.n.], 1998.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O movimento de codificação do Direito em Portugal**: aspectos gerais. Lisboa: Editora AAFDL, 2007.

JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2018

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O ensino do direito das obrigações: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina.** [Lisboa]: [S. n.], 201?.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Discurso jurídico, histórico e crítico sobre os direitos dominicaes.** Lisboa: Imprensa Nacional, 1865.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso practico, e criticas:** adições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Régia, 1825.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tractado historico, encyclopedico, critico, practico, sobre todos os direitos relativos a cazas, quanto às matérias civis e criminaes.** Lisboa: imprensa régia, 1817.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interdictos e remedios possessorios geraes e especiaes conforme o direito romano, patrio e uso das nações.** Lisboa: imprensa nacional, 1867.

LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa (coord.). **Jurisconsultos portugueses do século XIX.** Vol. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 1947.

MACKELDEY, Ferdinand. **Manuel de droit romain, contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain.** 3.^a ed. rev. e atualizada de acordo com a última edição alemã. trad. por J. Beving. Bruxelas: Société Typographique Belge, 1846.

MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade.** Coimbra: Gráfica de Coimbra: 2003

MARQUES, Mário Reis. **História do direito português medieval e moderno.** 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002

MARTINI, Caroli Antonii. **De jure naturae positiones.** Coimbra: Typis Academicis, 1815.

MATTOSO, José. **História de Portugal.** Vol. 5. Lisboa: editora Editorial Estampa, 1998.

- MERÊA, Manuel Paulo. **Lições de história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.
- MERÊA, Paulo. **O poder real e as cortes**. Coimbra: editora Coimbra, 1923.
- MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas**. Cascais: Principia, 2013.
- MIRANDA, Jorge. **Manual De Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 6ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- MONCADA, Luís Cabral de. **Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.
- MONCADA, Luís Cabral de. **Um iluminista português do século XVIII: Luis António Verney: com um apêndice de novas cartas e documentos inéditos**. Coimbra: Arménio Amado, 1941.
- MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: da revolução à constituição, 1820-1822**. Lisboa: Porto Editora, 2020.
- MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. **No bicentenário da revolução liberal: os 40 dias que mudaram Portugal**. Lisboa: Porto Editora, 2020.
- NEVES, António Castanheira. **DIGESTA: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Vol. 2 (reimpr.). Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Miguel Ricardo Machado de Oliveira. **A posse: na doutrina e na jurisprudência**. Porto: Petrony, 1981.
- PAIO, Francisco Coelho de Souza e São. **Prelecções de direito patrio publico e particular**. Coimbra: real imprensa da universidade, 1788.
- PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de Direito Natural: ou de Philosophia de Direito**. 2.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850, p. 51. (1844, p. 46).
- POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e reciprocas nos pactos, contractos, convenções**. Trad. por José Homem Correa Telles. Lisboa: Tip. António José da Rocha, 1849.

RIBEIRO, João Pedro. **Índice chronologico remissivo da legislação portugueza posterior à publicação do código filippino com hum appendice.** Vol. II. Lisboa: Na Typografia da mesma Academia, 1805.

ROCHA, Manuel António Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal:** para servir de introdução ao estudo do Direito Patrio. Coimbra: imprensa da universidade, 1841.

ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de direito civil portuguez.** Volume II. 6ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886.

ROCHA, Manuel António Coelho. **Instituições de Direito Civil português.** Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852.

RODRIGUES, Manuel. **A posse:** estudo de direito civil português. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

SAMPAIO, Adrião Pereira Forjaz de. **Elementos de economia politica e estadística.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession, or, the Ius possessions of the civil law.** Trad. por Erskine Perry. 6ª ed. Nova Jérsea: Clark, 2003.

SCHAEFER, Henrique; AGOSTINHO, José. **História de Portugal: desde 1820 até 1910.** Vol. 6. Porto: Editora de A. Figueirinhas, 1926.

SEABRA, António Luiz de. **A propriedade:** philosophia do Direito. Para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos Foraes. Volume 1, parte 1. Coimbra: Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850.

SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da. **História do direito português:** fontes de direito. 5ª ed. Rev. e actualizada. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations.** Books I, II, III, IV and V. Metalibri, 2007.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico, remissivo ás leis compiladas, e extravagantes.** Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825.

STOCKLER, Francisco de Borja Garção. **Elogio Historico de Pascoal José de Mello Freire dos Reis**. Typ. da Academia R. das Sciencias, 1799.

TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de Direio Civil português**: para o anno lectivo de 1843-1844; ou comentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito. Tomo II Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845.

TELLES, Inocência Galvão. **Verney e o iluminismo italiano**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. VII, 1950. Lisboa: [S.n.], 1951.

TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a' Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typographia de M.P. de Lacerda, 1824.

TELLES, José Homem Correa. **Digesto Portuguez**: ou tratado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar, e a transferir por derradeira vontade, para servir de subsídio ao novo codigo civil. Tomo III. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1836.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Da Revolução Liberal até ao final do séc. XIX**. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/faculdade/a_nossa_historia/historia_4. Acesso em 01 set 2020.

VERNEY, Luís António. **Verdadeiro metodo de estudar**: para ser util à Republica, e à Igreja: proporcionado ao estilo, e necessidade de Portugal. Tomo I. Valência: Oficina de António Balle.

VIDEIRA, Suzana Antas. **Liberalismo e questão social no Portugal oitocentista**. Lisboa: AAFDL editora, 2016.

VIDEIRA, Susana Antas. **Para a história do direito constitucional português**: Silvestre Pinheiro Ferreira. Coimbra: Almedina, 2005.

VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais**: perspectiva histórica do seu ensino em Portugal. Lisboa: Coimbra Editora, 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5ª ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

PERIÓDICOS

ANDRADE, Manuel de. Discurso em memória do Visconde de Seabra. in: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 277-301

CÂMARA, Henrique Brito. Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha. in: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. XXVI (1950). Coimbra: Coimbra Editora, 1951.

CAMPOS, Abel de. Evocação do Visconde de Seabra. in: **Boletim do Ministério da Justiça**. Vol. 169, 1967. Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 21-58.

CARPINTERO, Francisco. “Mos Italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. in: **Ius Commune: Journal of European Legal History**. Vol. VI (1977). Frankfurt: Klostermann, 1977, p. 108-171.

CARPINTERO, Francisco. En torno al método de los juristas medievales. **Anuario de Historia del Derecho Español**. Madrid: Librería del Boletín Oficial del Estado, pp. 617-647

CASTRO, Zília Castro de. **Sociedade e Estado: reflexos krausistas**. in: Revista de História das Ideias. Vol. 26. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005, (p. 161-197).

CORDEIRO, António Menezes. Relatório de Teoria Geral do Direito Civil. in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XXIX. Viseu: Tipografia Guerra, 1988.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Enquadramento histórico do Código Civil português in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXXVII 1961. Separata. Coimbra: Editora Coimbra, 1961.

CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**. Separata de Revista Portuguesa de História, tomo 14. Coimbra: [s.n.], 1975.

CRUZEIRO, Maria Eduarda. A reforma pombalina na história da Universidade. **Análise social**. Vol. XXIV. Lisboa: Gabinete de Investigações do ISCEF, 1988, p. 173. (165-210)

FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 161, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 52 (89-200).

FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 163, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P, p. 10.

FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Civil português: tanto público como particular. In: **Boletim do Ministério da Justiça**. N.º 165, ano 1966. Lisboa: tipografia da E.N.P.

HESPANHA, António Manuel. O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese. **Historia Constitucional**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027585020>.

HESPANHA, António Manuel. O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal in: **Análise Social**. Vol. XVI (1.º-2.º), 1980 (n.º 61-62).

JUSTO, António Santos. O Código de Napoleão e o Direito ibero-americano. **Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra**. Vol. LXXI, ano 1995. Coimbra: Coimbra editora, p. 27-96.

LONGHI, Rafael. Continuidades e discontinuidades: a «opinião comum dos doutores» na interpretação dos juristas brasileiros. in: **Interpretatio Prudentium**. n.º 3, 2018. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 137-208.

MARQUES, Mário Reis. Do ‘Direito Natural’ à ‘Filosofia do Direito’: José Dias Ferreira. in: Nomos: revista portuguesa de filosofia do direito e do estado. Amadora: António Braz Teixeira, p. (38-55).

MERÊA, Paulo. Esboço de uma história da Faculdade de Direito. in: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XXVIII, ano 1952. Coimbra: Coimbra Editora, 1953.

MERÊA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. in: **Boletim da faculdade de Direito**. Vol. 33, 1957, Coimbra: Coimbra editora, 1958.

NEVES, António Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LVIII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982.

SANTOS, Jorge Silva. Quão romanísticos são os fundamentos romanísticos dos direitos privados europeus e ibero-americanos? Reflexões a propósito da tripartição gaiana adoptada por Pascoal de Mello Freire. in: **Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano**. Vol. II. Coord. María del Carmen López-Rendo Rodríguez. Oviedo: Boletín Oficial del Estado, 2020, p. 654 e ss. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2020-155_2. Acesso em 21 ago 2020.