

TUTELA DA PROPRIEDADE E DA POSSE NOS PRIMÓRDIOS DO DIREITO PORTUGUÊS E NAS ORDENAÇÕES

João Luis Nogueira Matias¹

1. Introdução. 2. Escorço Histórico da Formação do Direito Português. 3. Da Propriedade e da Posse. 3.1 Da Propriedade. 3.2 Da Posse. 4. Tutela da Propriedade e da Posse. 4.1 Tutelas da Propriedade e da Posse nos Primórdios do Direito Português. 4.2 Tutelas da Propriedade e da Posse nas Ordenações. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO



direito é manifestação cultural, obra do homem e para o homem, constatação que evidencia a importância das lições históricas. Sendo verdade que o direito projeta o futuro, não é possível esquecer que é no passado que encontramos os alicerces para a sua melhor compreensão, como expressa, de forma apropriada, o Professor Luiz Carlos Azevedo: "... o passado, visto sob tal enfoque, passado na verdade não é, pois continua presente nas mais variadas manifestações do agir humano; por outro lado, aquilo que se diz inédito, nem sempre em verdade o é, quando aparenta".²

As Ordenações têm especial importância para o direito brasileiro em razão do longo período em que foram aplicadas,

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC. Professor da Faculdade Sete de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Público pela UFPE (2003). Doutor em Direito Comercial pela USP (2009).

² O reinado de D. Manuel e as ordenações Manuelinas. Revista da Faculdade de Direito da USP, volume 95, 2000, páginas 19-32, à página 30.

merecendo destaque o fato de as Ordenações Filipinas terem permanecido em vigor até o advento do Código Civil de 1916, portanto, mesmo após a sua revogação em Portugal.

No presente trabalho, aborda-se a tutela da propriedade e da posse nos primórdios do direito português e nas Ordenações. O enfoque será centrado nas formas de proteção processual dos institutos, o que pressupõe, necessariamente, a delimitação exata dos aspectos substantivos dos mesmos, até porque em certos períodos históricos não era clara a sua distinção.

No capítulo inicial, em rápido esboço histórico, analisa-se a cronologia de consolidação de Portugal como país independente, com a conseqüente constituição de ordem jurídica própria. Exploraremos a forte influência dos direitos romano e canônico e dos costumes e práticas bárbaras.

Na seqüência, analisam-se os aspectos substantivos da propriedade e da posse, com a intenção de definir os seus exatos limites, o que repercute na compreensão dos instrumentos jurídico-processuais utilizados para a sua defesa.

Em seguida, estudam-se os principais instrumentos jurídicos processuais utilizados para a proteção da propriedade e da posse. A análise será repartida em dois grandes períodos históricos, nos primórdios da formação do direito português e na fase das Ordenações. No primeiro, destaca-se o peculiar sistema resultante das influências do direito romano, canônico e dos costumes e práticas bárbaras. No segundo, inicialmente se destaca a influência do direito romano redescoberto, em fase posterior apontam-se as modificações decorrentes da assimilação de disposições do sistema francês.

Ao final, apresentam-se as conclusões.

2. ESCORÇO HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

A formação do direito português somente pode ser expli-

cada com a análise da cronologia de consolidação de Portugal como país independente.³

Vigourou na Península Ibérica, desde o ano de 146 a.c., o direito romano, como conseqüência do predomínio do Império Romano sobre aquela região. Através do Edito Provincial, foi mandado aplicar ao território ibérico o direito da metrópole, composto pelo Edito Perpetuo, Código Teodosiano, Código Gregoriano, Código Hermogiano, Comentários de Gaio e Sentenças de Paulo.

Com a queda de Roma, em razão das invasões bárbaras, ainda foi mantida a influência romana, pois as leis eram expressas em latim e impregnadas dos valores romanos. Teve destaque a Lei de Alarico II, rei dos Wisigodos, promulgada em 506, em Toledo, denominada *Lex Romana Wisigothorum* (Breviário de Alarico), aplicada nas relações entre romanos. Há forte influência do costume e das práticas bárbaras.

A dominação Árabe, no período de 711 a 1494, não acarretou modificações de porte, não tendo o direito islâmico influenciado fortemente o direito Ibérico.

Nos primórdios do Estado Lusitano prevalecia o direito consuetudinário, expresso nos forais, o que acarretava grande insegurança e motivou o redescobrimto do direito romano.

Em verdade, o direito romano sempre influenciou a Península Ibérica, entretanto, agora o fazia de forma mais pura, sem a interferência dos costumes bárbaros, nos moldes da codificação de Justiniano, redescoberta. Havia interesse do Monarca e da Igreja na recepção do conjunto de normas. Progressivamente, o direito romano e o direito canônico prevaleceram sobre os costumes, dando origem ao direito comum europeu.

Posteriormente, o rei de Castela, Afonso X, ordenou a compilação dos direitos romano e canônico, pelos juristas de

³ Para análise da evolução histórica do direito português, ver o artigo de Alexandre Augusto de Castro Correa, em *História do direito nacional desde a antiguidade até o código civil de 1916*, em *História do direito brasileiro*. Páginas 77/90. São Paulo: Atlas, 2003.

Salamanca, o que deu origem a *Ley de las Siete Partidas*, em 1260.

O Condado de *Portus Calle*, doado em 1094 ao Conde D. Henrique de Borgonha, esposo da Princesa Espanhola Dona Teresa, torna-se independente em 1140, quando D. Afonso Henriques vence os aliados do reino de Castela, na vitória do Campo de Ourique, sendo aclamado rei. Instaurada estava a dinastia de Borgonha. Com a independência, afastou-se a aplicação do direito feudal, tendo D. Diniz determinado a tradução da Lei das Doze Tábuas, em 1289.

O Corpus Juris Civilis, compilação de Justiniano, passou a ser estudado pelos doutos. Inicialmente, o trabalho foi feito pelos glosadores, tendo destaque a Magna Glosa, de Acurcio (1182-1260), que reunia a glosa dos mais importantes autores. O método era fazer comentários à margem ou entre as linhas dos textos romanos. Numa segunda fase, o estudo era feito pelos comentadores, se destacando Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), em que os jurisconsultos passam a interpretar textos romanos, com liberdade, criando direito.

A partir da Universidade de Bolonha, em que os doutos interpretavam as regras do direito comum, direito romano-canônico, se deu a disseminação daquelas regras na Península Ibérica, o que ocorreu de maneira disforme e sucessiva. O mesmo processo se passou na Universidade de Salamanca.

Em fins do século catorze, com a morte de D. Fernando, o Formoso, que teve reinado confuso e marcado por grandes crises internas, falecendo sem deixar herdeiros, o Mestre de Avis foi aclamado rei, com o nome de D. João I, após expressiva vitória sobre os espanhóis, em 1385, em Aljubarrota. Constituída estava a dinastia de Avis.

Com a finalidade de consolidar a independência portuguesa, firmando-se Portugal como nação livre e independente, foram editadas as Ordenações Afonsinas, em 1446, em nome de D. Afonso V, tendo os trabalhos de elaboração sido inspira-

dos por iniciativa de D. João I. Fonte principal era o direito comum, direito romano e canônico, expresso na Ley de las Sietes Partidas, sendo também fontes leis gerais, resoluções régias, concórdias, concordatas, bulas, inquirições, costumes gerais e locais, estilo das Cortes e dos Tribunais, etc. Compunha-se de cinco livros, cada um com um proêmio, com rubricas indicativas de seu objeto, subdivididos em parágrafos, destaque-se que não foram impressas durante sua vigência.⁴

Em 1521, época de descobertas marítimas, são editas as Ordenações Manuelinas, em homenagem a D. Manuel, o venturoso. O conjunto de normas consolida o fim do feudalismo, diferindo das Ordenações Afonsinas em relação a algumas matérias, como, por exemplo, a supressão das regras relativas a mouros e judeus, inclusão do caráter interpretativo vinculativo da lei, através dos assentos da Casa da Suplicação e modificações em matéria de direito subsidiário. Também composta de cinco livros, divididos em títulos e parágrafos. Há grande avanço no plano formal, sendo os preceitos redigidos em estilo decretório, mais aproximadas do formato atual da legislação e como se de normas novas tratassem.

Ante a dinâmica da época, as Ordenações Manuelinas dividiam a regulação das condutas sociais com farta legislação extravagante. Tais diplomas, revogavam, alteravam ou esclareciam seus preceitos e, também, tratavam de matérias diferentes, inclusive no plano processual. O Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião, encarregou Duarte Nunes do Lião de organizar compilação das normas extravagantes. A compilação não evitou modificação mais ampla das Ordenações Manuelinas, sendo editadas as Ordenações Filipinas.

Nas Ordenações Filipinas, de 1603, a legislação expressa a soberania nacional, passando o direito romano e canônico a ter aplicação meramente subsidiária. Editadas no reinado dos

⁴ V. Almeida Costa, Mário Júlio. *História do direito português*, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

reis espanhóis, entretanto, elaboradas por juristas portugueses e baseada nos valores reinantes em Portugal, alberga normas sobre nacionalidade, declara revogadas as normas não constantes da ordenação, com exceção das transcritas na Casa da Suplicação, ordenações da Fazenda e dos artigos das Sisas.

Foram mantidas em Portugal depois da Revolução de 1640, com a constituição da dinastia de Bragança, tendo D. João IV sancionado genericamente a legislação editada pelos reis espanhóis.

Em Portugal foram revogadas pelo Código Civil de 1º de julho de 1867, permanecendo em vigor no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

3. DA PROPRIEDADE E DA POSSE

Antes de analisarmos os aspectos processuais de resguardo dos aludidos institutos nas Ordenações Portuguesas, importa definir os limites substantivos de cada um deles, pressuposto do trabalho que se seguirá.

3.1 DA PROPRIEDADE

Na lição de Francesco Galgano, cada sistema jurídico assegura, em suas próprias medidas, a possibilidade de que alguém se aproprie de bens e os utilize em proveito próprio, excluindo a utilização por terceiros; regula os conflitos decorrentes da apropriação de bens, definindo a forma de aquisição de propriedade; estabelece a categoria de bens públicos e põe limites à propriedade, estabelecendo obrigações ao proprietário. Para o autor, baseado no Código Civil Italiano, a propriedade é o direito de gozar e dispor de bens, de forma plena e exclusiva.⁵

Atualmente, é consenso que é inerente ao indivíduo a

⁵ Em *Diritto privato*. 6ª edição. Padova: 1990, página 100.

apropriação de bens, como forma de realização pessoal, de concretização de interesses individuais. Entretanto, ao longo da história a propriedade foi tratada de forma diversa, passemos a analisá-la.

A ordem jurídica e econômica romana, na visão de Cretella Júnior, girava em torno da propriedade. Entretanto, não é prevista definição precisa do instituto, sendo a sua percepção intuída. Há a previsão do direito de gozar e dispor da coisa, que são os principais atributos do ‘dominium’.^{6 7}

Para alguns autores, a sua origem pode decorrer do enfraquecimento e divisão do *mancipium*, poder unitário, amplo, que gozava o *pater familias*, englobando pessoas e coisas, que se desdobrou em diversas formas de poder, como o *manus* (sobre a mulher), *patria potestas* (sobre os filhos), *dominica potestas* (sobre os escravos) e *dominium* (sobre as coisas).⁸

Em sua feição inicial, a propriedade (*proprietas, dominium*) era prevista de forma absoluta, consistindo no direito de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*) das coisas, possibilitando ao proprietário destruir a coisa, caso queira. Possuía caráter personalista, oponível a todos, podendo ser assegurada por ação própria no “*jus civile*”, que era a “*rei vindicatio*”.

Vittorio Scialoja expõe com clareza que os termos *proprietas* e *dominium* eram distintos, permitindo a melhor compreensão da matéria: “*Nei testi classici e giustianeii troviamo principalmente due parole: dominium e proprietas. La parole più antica tra le due è certamente la parole dominium. Ma anche qui non bisogna credere che dominium volga senz’altro proprietas. Dominium há um significato piú lato di proprietas e*

⁶ J. Cretella Júnior. *Curso de direito romano*, 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁷ Sobre a conformação econômica do período romano ver Pietro Bonfante, em *Lezione di storia del commercio*, vol. I. Milano: Giuffrè Editore, 1982.

⁸ A. Santos Justo. *Direito Privado Romano*, volume III. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

si ricollega sempre al concetto di sovranità: il domino è il pater familias: per consegua la parola dominium significa qualcosa di più lato del rapporto di proprietà come noi l'intendiamo tecnicamente, e la troviamo in applicazione svariatissime anche nelle fonti giustiniane." ⁹

Dividia-se a propriedade naquela época em propriedade quirítária, pretoriana (*in bonis*), peregrina (*ex jure gentium*) e provincial. A mais ampla era a quirítária, própria dos romanos. A propriedade peregrina era conferida ao estrangeiro, não há *dominium ex jure quiritium*. A propriedade é garantida pelo direito peregrino local ou por autoridades romanas. Após a promulgação do Edito de Caracala, que confere cidadania a quase todos os habitantes do império, desaparece esta forma de *dominium*. A propriedade provincial era a assegurada sobre terras das províncias romanas, não assegura o domínio pleno, mas apenas os direitos correlatos. É equiparada à propriedade plena (quirítária) nos fins do século III.

A propriedade no direito romano sofre lenta e gradual evolução, perdendo a sua conformação absoluta para assumir perfil mais brando, por influência do direito costumeiro e canônico. Passa a ser entendida como direito que acarreta obrigações, deveres morais. É afastado o direito de abusar da propriedade, de destruí-la. Na Lei das XII Tábuas (VI, 3), é assegurada a propriedade de áreas para cultura, com aquisição por usucapião, após dois anos de uso, demonstrando a prioridade à produção.

A propriedade no período antigo tinha uma conformação, modificada no período clássico e no período justiniano, onde se apresenta unificada, a demonstrar a constante evolução da matéria.

No período de prevalência dos costumes e legislação bárbara, há grande confusão entre propriedade e posse, muito

⁹ *Teoria Della proprietà nel diritto romano*, vol. 1. Roma: Anônima romana editoriale, 1933.

em razão do instituto germânico da *Gewere*, em que a propriedade não é separada da posse, que a faz presumir. Esta é a tônica na matéria até o redescobrimto do direito romano, no século XIII.

Deve ser destacado que a conformação sócio-econômica e política do período influencia a forma de aquisição da propriedade em Portugal, conforme a lição de J. Lúcio de Azevedo: “As circunstâncias locais, instituindo em permanência o Estado de guerra, não consentiram se implantasse na península em toda a sua amplitude o sistema feudal, com a diluição do poder por camadas, como além dos Pirineus. À testa de todo o organismo social encontra-se o rei. Os privilégios que usufruem os senhores das terras não resultam de direito próprio, mas da cessão voluntária do soberano. O senhorio não obriga ao serviço militar, que è remunerado, mas isso mesmo coarcta a independência ao donatário, e o coloca em posição de subordinado. Na administração da Justiça, a Cúria Régia, acima dele e da magistratura local, julga em derradeira instância. Tudo isto, porém, se no formulário limita a turbulência dos barões, usual nos países de puro feudalismo, não impede que por vezes ele se alce contra a coroa e, como no caso de Sancho II, ajudada do alto clero, chegue ao alcance de expulsar o soberano. E, quando este era impotente para lhes conter as ocasionais explosões, que defesa teria o miúdo vassalo desprotegido? Da mesma forma que, na área política, os nobres exorbitavam de seus foros, assim, no tocante à propriedade, desprezavam de direitos alheios, invadindo por astúcia ou violência a que lhes não pertencia. E não se eximia às usurpações a do próprio soberano. Disseminada pelo território, e rodeada de vizinhos ávidos, experimentou grande quebra, até que, no reinado de Afonso III, pelas inquirições, o cadastro predial foi revisto, e dentro do possível se corrigiram abusos.”¹⁰

O sistema aristocrático então vigente foi bem descrito por

¹⁰ *Épocas de portugal econômico*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1929.

Francisco Antônio Correa, em *História Econômica de Portugal*, volume I: “Aos nobres eram doadas pelos reis as terras que correspondiam à remuneração dos serviços por eles prestados. Tanto para os reis como para as classes privilegiadas, o conceito de soberania confundia-se com o de propriedade e esta confusão, que era a base do sistema aristocrático, manteve-se enquanto a organização política das monarquias neo-godas se não subordinam aos preceitos da legislação romana.”¹¹

No que se refere aos bens móveis, a posse legítima justifica a aquisição, bastando que o possuidor, em sendo contestado, demonstre que os bens não foram roubados ou perdidos, admissão clara do princípio *mobilia non habent sequelam* (em móveis não há seqüência).

Na medida em que se consolida o poder do monarca, os abusos outrora praticados pelos nobres e clero são eliminados ou reduzidos. O instituto da inquirição, consistente na revisão dos títulos de doação das propriedades senhoriais dos nobres e clero, avocando ao rei as transferidas de forma irregular. A partir de D. Diniz foram realizadas, as tendo feito ainda D. Afonso IV, em 1343.¹²

A consolidação do poder real acarretou prestígio aos juristas, que substituíram o clero na administração municipal e, posteriormente, nos cargos públicos mais variados.

Destaca-se na nova conformação do acesso à propriedade as leis da desarmotização, que proibiam aos clérigos e ordens religiosas a compra de bens de raiz, determinando que em um ano alienassem os que haviam sido adquiridas irregularmente. Também era vedado o direito de sucessão para igrejas e mosteiros.

Posteriormente, no reinado de D. Duarte, a edição da Lei Mental, assim denominada em razão de encontrar-se na mente

¹¹ *História econômica de Portugal*. Volume I. Lisboa: Tipografia Empresa Nacional de Publicidade, 1929, página 14.

¹² Sobre as Inquirições Gerais, ver Armando Castro Lisboa, em *A evolução econômica de Portugal*. Lisboa: Portugália Editora, 1964.

de seu pai, determinava que os bens doados pelo monarca reverteriam à Coroa na falta de herdeiro legítimo do sexo masculino.

Com a consolidação do direito romano, após o redescobrimto, afasta-se a influência germânica, sendo firmada a separação exata entre propriedade e posse. É suprimido o princípio da mobília *non habent sequelam*, a posse das coisas móveis deixa de, por si só, acarretar a propriedade, sendo admitida a aquisição através de usucapião.

Nos primórdios do direito português, período de dominação bárbara, assume importância fundamental o sistema de sesmarias, forma de distribuição de terra, que influenciou fortemente a idéia de propriedade e as relações de poder, principalmente no Brasil.

O reconhecimento do poder inerente à propriedade de bens torna importante a compreensão do instituto da sesmaria, instituto utilizado para a repartição de terras, utilizado no direito português e no Brasil.

A palavra sesmaria pode significar o instituto utilizado para a repartição de terras ou as áreas de terra repartidas. A nomenclatura decorre da forma de repartição, que se processava através dos sesmeiros, participantes do sesmo ou siximum, colegiado integrado de seis membros encarregado de repartir o solo em pequenas áreas, entregues aos moradores. No Brasil Colônia, rapidamente a palavra sesmeiro passou a designar os que recebiam terras.

Em Portugal, a primeira lei de sesmarias foi elaborada pelo rei D. Fernando, o Formoso, em 1375, motivada pelas dificuldades de abastecimento do período, sendo destacada a necessidade de ampliação da produção e a obrigação de cultivo das terras. Para dar cumprimento ao dispositivo legal, eram criados sesmos, com a finalidade de apontar as terras não cultivadas, fazendo com que passassem a ser exploradas pelos proprietários, que também podiam arrendá-las, sob pena de confis-

co para redistribuição. Também expedirão regras sobre sesmarias os reis D. João I e D. Duarte.¹³

A regulação do sistema sesmarial português, inicialmente prevista na lei de D. Fernando de 1375 e nas instruções de D. João III, passou a ter aplicação genérica com a inserção da matéria nas Ordenações Afonsinas, de 1446, no Livro IV, título 81, Manuelinas, de 1512, no Livro IV, título 67, parágrafo 3º e Filipinas, de 1603, Livro IV, título 43, parágrafos 1º e 4º.

A extensão do sistema sesmarial ao Brasil se deu em razão da necessidade de colonização, sob a ameaça de conquista francesa. A Colônia foi repartida em grandes áreas, entregues a vassallos, em sistema donatário. As terras da Colônia pertenciam à Coroa, sendo dez léguas doadas pessoalmente aos senhores, que detinham poder político e de distribuição das demais áreas de terra entre os moradores, que pagavam o dízimo ao Grão Mestrado da Ordem de Cristo, exercido pelo monarca, detentor do poder espiritual (padroado).

No Brasil, o sistema sesmarial acarretou grande prejuízo à distribuição de terras, com a constituição de latifúndios, já que não havia restrição à extensão da área nem concessões sucessivas.

O alvará de 05 de outubro de 1795 tentava regularizar a concessão de sesmarias no Brasil, dando ênfase a demarcação de terras, ocupadas informalmente, limitando as sesmarias concedidas nas proximidades da capital. A sua execução foi suspensa pelo Alvará de 10 de dezembro de 1796. A lei de 17 de julho de 1822 suspende a concessão de sesmarias, até que lei especial resolvesse o problema.

Em 1850, conviviam sesmeiros legítimos, sesmeiros irregulares (que não atendiam aos ditames legais), posseiros simples e terras devolutas (pertencentes à União, nem distribuídas nem ocupadas). A lei 601, de 18 de setembro de 1850 discipli-

¹³ V. Costa Porto, em *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Recife: Imprensa Universitária, 1965.

nava a concessão de sesmarias e visava incentivar a colonização estrangeira. Permitia a revalidação de sesmarias e outras concessões que se achassem cultivadas, bastante início de cultura, desde que fossem morada habitual do sesmeiro. Da mesma forma, possibilitava-se a regularização de posses, desde que atendessem aos mesmos requisitos.

Contemporaneamente, a propriedade assume feições diferenciadas. O eixo central de poder é deslocado da posse da terra e passa para a detenção do capital, a propriedade móvel de bens e direitos passa a ser valorizada. Novos centros de poder são percebidos, não de forma necessária vinculados à propriedade de bens, como é o caso do poder de controle societário.

3.2 DA POSSE

Posse é estado de fato, caracterizado pela realidade de efetiva detenção da coisa, bens ou direitos, com *animus* de possuí-la.

No direito romano, na era pré-clássica, havia a previsão da senhoria de fato (*possessio*) e da senhoria de direito (*potestas*, *municipium* e *dominium*). Há a separação clara entre posse e detenção (*possessio naturalis*).

Na fase bizantina, há confusão entre as idéias de posse e detenção. Para assegurar o direito ao usucapião, importante é a demonstração do “*animus dominantis*”, elemento exterior à posse.

Nos primórdios do direito português, principalmente nos estatutos municipais, eram encontrados diversos princípios possessórios não previstos no direito romano, por influência do direito germânico, sendo marcante a não separação exata entre propriedade e posse.

Cabral de Moncada expressa a idéia que as práticas e costumes bárbaros influenciaram substancialmente os institutos da posse e propriedade, inclusive quanto ao simbolismo neces-

sário para a realização dos atos: “E assim o simbolismo germânico – urge concluir – como que enxertando-se sobre as novas formas materiais da entrega da posse, teria sido o traço de união histórico entre as velhas práticas da “exfestucatio” e da “investitura” dos povos bárbaros e a classe instituição da “tradição” romana, restaurada entre nós com a introdução do direito romano do século XIII.”¹⁴

A disciplina da posse nas ordenações portuguesas era caracterizada pela previsão da posse de ano e dia; reconhecimento das posses de dez (para presentes) ou vinte anos (para ausentes) como forma de aquisição de propriedade, com justo título e boa fé; reconhecimento das posses de trinta e quarenta anos nos termos e com efeitos previstos no direito romano, modificado pelas alterações promovidas pelo direito canônico, que exigia boa fé para tornarem-se aquisitivas do domínio ou prescritivas da ação do proprietário para retomada, conforme se percebe pelo previsto nas Ordenações Afonsinas, em Livro II, 9,I; Livro III, 55,2 e Livro IV, 49, parágrafos 3 e 4.

Conforme a lição de Moreira Alves, nos séculos XVI e XVII é firme a vinculação do ordenamento português aos ditames sobre posse decorrentes das normas do direito comum, canônico e romano. É decorrente do direito romano a regra de que os bens não se transmitem aos herdeiros automaticamente com a morte. Tal regra vigora até meados do século XVIII, até que foi expedido o Alvará de 09 de novembro de 1754, que modifica o sistema, adaptando o direito português à realidade prevista na França e Itália, estabelecendo a regra de que a posse se transmite no momento exato da morte do de *cujus*, passando a seus herdeiros testamentários ou legítimos, independentemente da apreensão de bens pelos herdeiros.¹⁵

¹⁴ *Estudos de história do direito*, volume I. Coimbra:Universidade de Coimbra, 1948, página 36.

¹⁵ José Carlos Moreira Alves. *Posse. Introdução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

4. TUTELA DA PROPRIEDADE E DA POSSE

No presente capítulo, passa-se a analisar a tutela da propriedade e da posse nos primórdios do direito português e nas ordenações. Para tanto, realizaremos análise, em perspectiva histórica, dos instrumentos jurídicos processuais que possibilitaram a proteção da propriedade e da posse, institutos que nem sempre foram devidamente apartados.

Embora inconfundíveis, é incontestável a relação íntima entre os direitos de propriedade e de posse, e suas respectivas proteções. Ihering defende que “a proteção possessória apresentasse como uma posição defensiva do proprietário, de onde ele pode repelir, mais facilmente do que por meio de reivindicação, as ofensas praticadas contra a sua esfera jurídica”.¹⁶

Esclarecedora é a distinção, em obra clássica ofertada por Conselheiro Ribas, sobre o direito de propriedade e de posse e os reflexos da defesa judicial dos mesmos: “Devemos também ponderar que não se deve confundir o direito de posse (*jus possessionis*) com o direito de possuir (*jus possidendi*). Aquela expressão denota o direito de proteção ligado ao fato da posse, esta significa o direito de exercer a posse, que é um dos elementos do domínio. Assim, o proprietário de uma causa é o único que tem, em relação a ela, o *jus possidendi*, mas pode não ter efetivamente o *jus possessionis*, e, portanto, não lhe ser concedido usar do *interdicto*, ao mesmo tempo que aquele que tem o *jus possessionis* e o uso dos *interdictos*, não pode impedir que o proprietário, na ação petítória, o obrigue a restituir a coisa possuída, pois que o *jus possidendi* não pertence àquele, e sim a este.”¹⁷

Passa-se ao estudo dos principais instrumentos jurídico-processuais de proteção da propriedade e da posse.

¹⁶ Rudolf Von Ihering. *A teoria simplificada da posse*, tradução de Vicente Salino Júnior. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976, páginas 83.

¹⁷ Antônio Joaquim Ribas. *Da posse e das ações possessórias segundo o direito pátrio*. São Paulo: Grande Livraria Paulista, 1901.

4.1 TUTELAS DA PROPRIEDADE E DA POSSE NOS PRIMÓRDIOS DO DIREITO PORTUGUÊS

Sobre a evolução histórica da proteção da propriedade e da posse, a lição de José Carlos Moreira Alves é elucidativa: “ (...) há substancial diferença, quando se confrontam os sistemas romano e germânico (e deste se aproxima o direito português dos séculos XII e XIII) no tocante à proteção judicial da propriedade: naquele, a propriedade é tutelada pela *rei vindicatio* (ação petítória, porque o autor alega ser proprietário e se dispõe a provar a existência de seu direito contra o réu que injustamente possui a coisa), ao passo que a posse, em si mesma, é protegida pelas ações possessórias, onde não se discute o direito de propriedade, mas, apenas a posse; neste, a ação petítória e a ação possessória se confundem numa ação (a *immobili anklage*, que é a ação imobiliária germânica, com acentuado caráter criminal, e à qual corresponde, embora sem apresentar todas as suas características, a ação imobiliária do direito português desse período, a demanda de bens de raiz), (...)”¹⁸

A *rei vindicatio* era a principal ação para defesa da propriedade no direito romano, através da qual pede o proprietário o reconhecimento de seu direito perante o possuidor ilegítimo. Era, conforme leciona o romanista português Santos Justo, “*legis actio sacramento in rem*”, em que as duas partes assumiam a mesma posição processual, com a sentença apenas decretando a legitimidade da propriedade, sem condenação. Posteriormente, na era clássica, foi substituída pela “*per formulare petitorum*”, em que há antagonismos entre as partes e condenação.¹⁹

Já a *actio negatória* era concedida ao proprietário contra quem afirmasse a titularidade de um direito de servidão predial

¹⁸ Oba citada, páginas 316/317.

¹⁹ V. *Direito privado romano*, volume III. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

ou pessoal, que onerava a “res”, limitando o seu gozo e sua disponibilidade.

A posse é estado de fato, o que faz com que a sua proteção seja diferenciada da proteção da propriedade, no direito romano.

A proteção era concedida pelo pretor, no plano administrativo, sendo a tutela por via das “interdicta”, que descumpridas permitia o recurso ao Poder Judiciário, através das “spanciones” e “restipulationes”.

Ihering, na obra ‘O Fundamento dos Interdictos Possessórios’, defende que o primeiro exemplo de posse como objeto de disposição judiciária é a concessão dos “*vindiciae*”, no antigo processo reivindicatório, sendo a posse concedida a uma das partes durante uma demanda, pelo pretor.²⁰

No Poder Judiciário, eram vias de defesa a *interdicta retinendae possessionis*, interposta contra incômodo ou perturbação causada por terceiros, desde que até um ano após a perturbação. O possuidor não podia ser violento, clandestino ou precário. Dividia-se em *Uti possidetis* e *utrubi*.

Já a *interdicta recuperandae possessionis* objetivava a recuperação da posse, dividia-se em *unde vi*, sob as formas de *interdictum de vi cottidiana* e *interdictum de vi armatta*; *interdictum de clandestina possessione*; *interdictum de precário* e *utrubi*.

Na lição de Orlando Gomes, “o *interdictum unde vi* era o remédio possessório próprio para a recuperação do bem imóvel perdido em consequência de atos violentos. Desdobrava-se em *interdictum de vi cottidiana* e *interdictum de vi armata*, conforme a violência se manifestasse, ou não com emprego de armas. O interdito de *clandesina possessione* era o remédio próprio para a recuperação de bem imóvel do qual o possuidor fosse clandestinamente espoliado. O *interdictum de precário*, o

²⁰ Rudolf von Jhering. *O fundamento dos interdictos possessórios*, 2ª. Edição, tradução de Aderbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editor, 1908.

remédio possessório próprio para a recuperação de bem imóvel do qual o possuidor se visse privado por não lhe ter sido restituído. O *interdicto utrubi* usava-se na defesa da posse dos bens móveis para alcançar a sua restituição”.²¹

Entre as leis romanas dos bárbaros, o *Edictum Theodorici* estabelecia como proteção da posse o antigo interdito do “*ui non armatta ou cottidiana*”, admitida a “*exceptio uitiosae possessiones*”. Além de pleitear a devolução, é paga quantia pelo espoliador, paga ao fisco.

Na *Lex Romana Wisigothorum*, a proteção possessória se dá através dos: “*unde ui*”; “*utrubi*”; “*de fructibus e ad legem iuliam de ui*”, previstos no Código Teodosiano e nos interditos decorrentes das sentenças de Paulo. Na há perfeita separação entre os interditos *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis*, nem separação clara entre os institutos da propriedade e da posse.

Com o redescobrimento do direito romano, fixa-se a perfeita separação entre propriedade e posse no direito português.

4.2 TUTELA DA PROPRIEDADE E DA POSSE NAS ORDENAÇÕES

A tutela da propriedade não é prevista de forma específica no direito português, ou seja, não é prevista ação específica, com rito próprio, para a demonstração do direito à propriedade, ao contrário do que ocorria no direito romano, com a *rei vindictio* ou a *actio negatoria*.

Entretanto, a partir do reconhecimento do direito à propriedade, inconfundível com a mera posse, podiam ser utilizados os instrumentos processuais genéricos, com a finalidade de defesa do direito de propriedade. Em ações petítórias podia-se demonstrar a propriedade em face de possuidor ilegítimo.

Perceba-se, ainda, que a sua proteção podia se realizar

²¹ *Direitos reais*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, páginas 72/73.

através dos institutos de defesa da posse, desde que o proprietário detivesse a coisa ou tivesse acabado de perdê-la.

Primeira ação verdadeiramente possessória, na visão de José Carlos Moreira Alves, é de meados do Século XIII, em lei de Afonso III, reproduzida no *Portugalia Monumenta Histórica*. É prevista no Livro III, título 52, das Ordenações Afonsinas. Confirmada e simplificada por Lei de Afonso IV, no Livro III, título 53, das Ordenações.²²

Na linguagem típica de sua época, previa o regramento que “em feito de força nova procedam os juízes sumariamente, sem outra ordem de juízo”, com a finalidade de evitar que “alguns, não vendo Deus ante seus olhos, tomem por força aos menos poderosos aquilo que estejam de posse, com a intenção de levá-las deles...” Continua a previsão, no original:

“... E querendo nós prover aos esbulhados, e tolher os enganados, e malicias dos esbulhadores, Ordenamos, e estabelecemos per ley, que todos os Juizes, que conhecerem dos feitos das forças, nom guardem figura de Juízo em ellas, mas simplesmente, e fem delongua, e fem outra maa Voguaria livrem os ditos Feitos, afsy que o demandador nam feja contrangido pelo Juiz a dar libello com aquellas folenidades, que o Direito quer que fe dé no Feito, em que fe deve guardar ordem de Juizo.”²³

Com o intuito de abreviar a tutela, as demandas desta ordem poderiam ser interpostas e despachadas durante feriados e era excluído recurso da decisão inicial de proteção ou reparação do dano à posse, sendo permitida a interposição de recurso da decisão definitiva:

“... E como quer que escrito feja que em estes Feitos nom feja recebida Apellaçam, pero porque esto poderia fer damnofo aos esbulhados, que temos por bem de prover, porque os Juizes per as terras nam fã tam entendidos todos, que fecundo Direito julgue nos ditos Feitos, ou per poder dos forçadores poderiam julgar contra os forçados; porem temos por

²² V. obra citada.

²³ Ordenações Afonsinas, Livro III, reprodução fac símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1972, página 178.

bem, que as partees poffam appellar da Sentença definitiva, e nom da Intrelucatoria, falvo naquelles cafos, que na noffa Ley fobre ello feita fam contheudos.”²⁴

A posse de ano e dia era importante para a fixação do juízo competente para a resolução de demandas, como estabelecido no Livro III, título CXVI, das Ordenações Afonsinas:

“El Rey Dom Affonfo o Terceiro em feu tempo fez ley em ehta forma, que fe fegue:

1. Em outra parte he eftabelecido, fé algún afsy cleriguo, como Leiguo, eftá em poffe per anno e dia dalguuma couza fem contenda, nom feja theudo de relponder a ella, fenão perante feu Juiz, fé em face de feu averfairo elle a peffuio per anno e dia: e em outra guifa respondera perante o Juiz, honde he a poffiflao.

2. A qual Ley vifta per Nós, declarando em ella dizemos, que fé o poffuidor da couza depois do anno e dia, contado daquelle dia que a começou depoffuir, for por ella demandado, nom fera effe poffuidor theúdo responder por ella, falvo perante os Juizes de feu foro; e fé elle por ella for demandado ante anno e dia, em tal cafo, ainda que a coufa eftê em outro lugar, e nom em aquelle, onde o poffuidor he morador, fera theudo responder por ella perante o Juiz de feu foro, o perante o Juiz daquelle lugar, honde effa couza eftver, efor asfy “theuda” honde mais aprovér ao Autor de fazer effa demanda.(...)”²⁵

Continua a legislação, dispondo sobre regra especial para os clérigos, que primordialmente respondiam perante o foro local:

“(...) 3. E dizemos, que fé o dito poffuidor da couza for cleriguo, quer feja por ella demandado ante do anno e dia, quer depois, quer effa couza feja cituada no lugar, honde o poffuidor he morador, quer em outra parte, nom fera theúdo responder por ella, fenam perante o Juiz de feu foro: falvo fé contra effe cleriguo for dito, que a forçou, ou esbulhou; ca em tal cafo fé por ella for demandado ante do anno e dia, responderá perante o Juiz d’El rey, fem embargo de feu privilegio, fegundo já mais compridamente avemos dito, e declarado no

²⁴ Obra citada, página 179.

²⁵ Obra citada, página 421.

Título, Em que cafos os Cleriguos devem fer citados para a Corte, e hy responder; (...)”²⁶

O tempo da posse também era fundamental para a definição de aspectos de prescrição, como previsto no Livro Quarto, Título XXXXVIII:

“(…) 2. E vista por Nós a dita Lei, adendo e declarando em ella dizemos, que vendendo, ou enalheando o devedor a coufa fuá, que havia a outrem obriguada, porque effa coufa affi obrigada fempre paffa com feu encarrego da obrigaçom, poderá o creador demandar o poffuidor della, que ou lhe poderá o creador demandar o poffuidor della, que ou lhe pague a divida, poe que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita coufa, pêra aver per ella pagamento de fuá divida.

3. *E esta demanda lhe poderá fazer ataa dez annos compridos, e contados dêo o primeiro dia, em que a dita coufa foi a poder do poffuidor com titulo e boa fé, e fé ambos eram moradores em huã Comarca, a faber, o creador, e o poffuidor; e morando elles ambos em deivaradas Comarcas, entom lhe poderá feer feita a dita demanda ataa vinte annos compridos e contados como fufo dito he; e hindo effa coufa ao poffuidor fem titulo algum, avendo acerca della maa fé, porque fâbia bem que nom era fuá de direito, nem lhe pertencia, em tal cafo lhe poderá feer feita a dita demanda pólo dito creador atee trinta annos compridos, e contados como fufo dito he.*

4. E no cafo, honde a dita coufa affy obrigada fempre foi poder do dito devedor, ou de feu herdeiro, ou d’outro slgum creador, que tanto direito hi nom teveffe, por feer mais pofumeiro, *entom lhe poderá feer feita a dita demanda ataa quarenta annos, contados do dia que a dita obrigaçom foi feita em diante. (...)”*²⁷

A previsão estabelece prazos prescricionais baseados no tempo de pose, com título e boa fé, o que evidencia a importância dada à realidade fática da posse.

Nas Ordenações Manuelinas, já com previsões em formato mais adequado à função legislativa, as mesmas previsões são firmadas no Livro III, 36, mantidos os regramentos básicos,

²⁶ Obra citada, página 422.

²⁷ Obra citada, página 182.

sendo destacado que a dispensa de obedecer a “ordem do juízo” era restrita à ação de força nova, não às punições que podem ser impostas aos esbulhadores, que devem ser estabelecidas seguindo a forma processual própria:

“... E esto que dito he, que fê nom guarde ordem de Juízo em estes feitos de forças nouas, entendemos foamente quando a demanda for fobre a força; cá fé for fobre a pena que os forçadores deuem d’auer, Mandamos que em tal cafo fe guarde a ordem do Juízo.”²⁸

Nas Ordenações Filipinas, no Livro III, 48, as regras também são repetidas, em termos semelhantes à previsão das Ordenações Manuelinas:

“Todos os julgadores, que conhecerem de forças novas, quando as taes demandas se começarem antes de anno e dia, do dia que a força se disser ser feita, procedam em os feitos dellas sem ordem, nem figura de Juízo, e sem delonga, nem strepito os desenbarguem, não constringendo o autor a dar libello em scripto com a solemnidade, que se dá nos feitos em que se guarda a ordem do Juízo; (...)”²⁹

Outra disposição importante sobre posse nas Ordenações Filipinas consta do Livro III, título XL, aplicada ao que nega a posse da coisa que se lhe demanda:

“Sendo algum demandado em Juizo per caução real por cousa, que possua, e sendo perguntado pelo Juiz se sta em posse della, o negar, provando o autor, como elle estava em posse della, logo sem outro processo, nem libelo, nem contestação será privado da posse da dita cousa, e será trespassada ao autor, e se o réo quizer haver a cousa, será feito do réo autor, e do autor réo. E isto foi assi dado por pena ao réo, por negar ao Juiz possuir a cousa e lhe ser provado o contrario. (...)”³⁰

Trata-se de providência de caráter punitivo, cujo resultado é impor a imediata transferência da posse do que se compor-

²⁸ Ordenações Manuelinas, Livro III, reprodução fac símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1972, página 122.

²⁹ Ordenações Filipinas, Livro III, reprodução fac símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1972, página 633.

³⁰ Obra citada, página 623.

ta de forma indevida perante a autoridade judiciária. Possível é que a situação seja restabelecida, quando comprove o réu, em nova ação, a propriedade do bem. Tendo se efetivado esbulho, a restituição da posse é imediata, sendo descabida a exceção de domínio. A contrário sensu, é admitida a alegação de propriedade quando não tenha ocorrido o esbulho, conforme o parágrafo segundo da mesma disposição:

“E no caso, onde o autor tivesse provado, como o reo estava em posse da cousa, e o reo dissesse e allegasse ser sua, offerecendo-se a provar logo, sem outra dilação, já a tal razão lhe não aproveitará, nem será recebido a ella; porque este caso em Direito he privilegiado, assi como o caso de esbulho, onde a tal razão não se recebe, mas o esbulhado antes de outra cousa he restituído á sua posse, de que foi esbulhado.”³¹

As referências à posse e sua proteção nas ordenações, de forma geral, não eram amplas, o que acarretou grande influência das normas de direitos romano e canônico. A proteção da posse é realizada por meio dos interditos, destacando-se os *recuperandae possessionis causa* e *retinendae possessionis causa*, modificados pelo uso moderno e pela prática de judicial.

É demonstração efetiva da importância dos direitos romano e canônico o reconhecimento da denominada ação de força espoliativa, prevista nas Ordenações Filipinas (Livro Terceiro, Título LXXVIII, 3):

“(…) 3. Outros autos extrajudiciaes há, que não põem fim às demandas, e estes são em trez maneiras; porque há hi huns, que são começados e acabados, e outros que são começados e não acabados, e outros, que não são começados, mas sómente comminatorios.

No primeiro caso, não se pode appellar de taes autos, mas são por Direito introduzidos outroas remédios de provimento, a que chamam interdictos recuperatórios (1); pelos quês sabia a verdade summariamente, todos os autos feitos e attentados serão tornados e restituídos ao primeiro stado. Assi como, se hum homem esbulhasse outro de alguma cousa, que elle possuísse pacificamente, em tal caso não se acha per Di-

³¹ Obra citada, página 623.

reito que de tal auto possa appellar, mas he dado o dito remédio, que se chama interdicto, per o qual (provando elle como foi justamente esbulhado) será logo restituído à posse da cousa sem outro embargo, nem será o que esbulhou relevado da dita restituição, aindaque diga que a cousa esbulhada he sua, e tem em ella propriedade, ou qualquer outro direito.”³²

Após a segunda metade do Século XIX, as regras sobre proteção da propriedade e da posse no direito português se modificam, afastando-se da tradição romano-canônica. Principalmente em razão do Alvará de 09 de novembro de 1754 e do assento 319, da Casa de Suplicação, que o interpretou.

O Alvará de 09 de novembro de 1754 estabeleceu a regra de que a posse civil dos bens hereditários se transmitia do de cujus aos seus herdeiros, testamentários ou legítimos, automaticamente, no momento da morte (*le mort saisit le vif*), sendo a posse presumida legalmente, sendo desnecessária a apreensão dos bens pelo herdeiro. Tal orientação se confirma pela regra das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 95, segundo a qual, com o falecimento do marido, a posse dos bens da herança é transmitida automaticamente à esposa.

No aludido assento, foi firmada a regra de que a posse, tanto quanto possível, será reconhecida àquele em que em ação petitoria se deva reconhecer a propriedade.

5. CONCLUSÃO

A título de conclusão, inicialmente, convém destacar as influências de valores sofridas no processo de consolidação do Estado Português e na formação de seu ordenamento jurídico.

Flagrante é a influência romana, cujas normas, em verdade, são aplicadas á Ibéria desde o ano de 146 a.c. Com a queda de Roma, fez-se sentir a influência das práticas e costumes dos bárbaros, embora as leis fossem expressas em latim e impregnadas dos costumes romanos. Com a dominação Árabe, o isla-

³² Obra citada, página 688.

mismo passou a ser novo elemento a compor os já existentes na definição das regras de condutas aplicadas em Portugal, embora sem a mesma dinâmica e importância dos demais. Nos primórdios do estado lusitano, prevalecia o direito consuetudinário, expresso nos forais, o que acarretava insegurança e motivou o redescobrimto do direito romano.

Redescoberto o direito romano, a partir dos estudos do Código de Justiniano nas universidades, a base do direito português passa a ser o direito romano, sem a influência bárbara, e o direito canônico, que se impuseram gradualmente, em consonância com os interesses da Igreja e da Monarquia. D. Diniz, em 1289, determinou a tradução da *Ley de las Siete Partidas*. Na sequência foram elaboradas as Ordenações Afonsinas, primeira codificação portuguesa. Neste período, o sistema sesmial foi importância fator de acesso à propriedade imobiliária.

As ordenações Afonsinas tem por fontes principais o direito comum, direito romano e canônico, expresso na Ley de las Sietes Partidas, sendo também fontes leis gerais, resoluções régias, concórdias, concordatas, bulas, inquirições, costumes gerais e locais, estilo das Cortes e dos Tribunais, entre outras. As Ordenações Manuelinas consolidam o fim do feudalismo, diferindo das anteriores em relação a algumas matérias, como, por exemplo, a supressão das regras relativas a mouros e judeus, inclusão do caráter interpretativo vinculativo da lei, através dos assentos da Casa da Suplicação e modificações em matéria de direito subsidiário. As Ordenações Filipinas consolidam a soberania nacional, passando o direito romano e canônico fonte meramente subsidiária no direito português.

Um dos primeiros aspectos a serem destacados, à guiza de conclusão, diz respeito ao forte vínculo entre as normas de cunho substantivo e adjetivo sobre propriedade e posse, vínculo até o presente momento inafastável. Em razão do caráter instrumental do processo, os meios de defesa da propriedade e da posse estão vinculados, de forma necessária, à concepção

dos institutos, considerados isoladamente e sob o plano material. Exemplifica a nossa compreensão, a confusão entre as *interdicta recuperandae e retinendae possessionis*, nos primórdios do direito português, sob a influência bárbara, em que não havia a nítida separação entre propriedade e posse, sendo prevalente o instituto germânico da *geware*.

A propriedade é posição jurídica em relação a um bem, com forma própria de aquisição, modo de uso, gozo e disposição, assim como deveres e limitações, definidos por lei. A posse é estado de fato, caracterizado pela realidade de efetiva detenção da coisa, bens ou direitos, com *animus* de possuí-la. Sendo a propriedade e a posse institutos diferenciados, natural é que a proteção seja realizada por instrumentos processuais diferenciados, aptos a preservá-los, sem embargo de que instrumentos que protejam a posse sirvam de meio inicial de defesa da propriedade.

Nos primórdios do direito português, enquanto prevalente o sistema germânico, confundiam-se a propriedade e a posse, confusão que era transferida aos instrumentos processuais de defesa (a ação petítória e a ação possessória se confundiam, por exemplo, na *immobili anklage*), tal como previstos Na *Lex Romana Wisigothorum*, no Código Teodosiano e nos interditos decorrentes das sentenças de Paulo.

Com a prevalência do direito romano, os institutos são afastados, passa a *rei vindicatio* a ser a principal ação para defesa da propriedade, através da qual pede o proprietário o reconhecimento de seu direito perante o possuidor ilegítimo. A *actio negatória* era concedida ao proprietário contra quem afirmasse a titularidade de um direito de servidão predial ou pessoal, que onerava a “res”, limitando o seu gozo e sua disponibilidade. A proteção da posse era concedida pelo pretor, no plano administrativo, sendo a tutela por via das “interdicta”, que descumpridas permitia o recurso ao Poder Judiciário. Entre as defesas judiciais, destacavam-se: a) *interdicta retinendae posses-*

sionis, interposta contra incômodo ou perturbação causada por terceiros, desde que até um ano após a perturbação. O possuidor não podia ser violento, clandestino ou precário. Dividia-se em *Uti possidetis e utrubi*; b) *interdicta recuperandae possessionis* objetivava a recuperação da posse, dividia-se em *unde vi*, sob as formas de *interdictum de vi cottidiana* e *interdictum de vi armatta*; *interdictum de clandestina possessione*; *interdictum de precário* e *utrubi*.

No período das ordenações, para a proteção da propriedade podiam ser utilizados os instrumentos processuais genéricos, em ações petórias podia-se demonstrar a propriedade em face de possuidor ilegítimo, cabendo ainda a utilização dos institutos de defesa da posse, desde que o proprietário detivesse a coisa ou tivesse acabado de perdê-la.

Para a proteção da posse, é prevista ação específica, no Livro III, título 52, das Ordenações Afonsinas. Confirmada e simplificada por Lei de Afonso IV, no Livro III, título 53, das Ordenações, com a previsão de que os feitos de força nova fossem processados sumariamente, sendo as demandas processadas durante feriados, somente cabendo recurso da decisão final.

A posse de ano e dia era importante para a fixação do juízo competente para a resolução de demandas, como estabelecido no Livro III, título CXVI, das Ordenações Afonsinas, e para a definição de aspectos de prescrição, como previsto no Livro Quarto, Título XXXXVIII.

Nas Ordenações Manuelinas, embora com forma legislativa diferenciada, as mesmas previsões são firmadas no Livro III, 36, mantidos os regramentos básicos, sendo destacado que a dispensa de obedecer a “ordem do juízo” era restrita à ação de força nova, não às punições que podem ser impostas aos esbulhadores, que devem ser estabelecidas seguindo a forma processual própria.

Nas Ordenações Filipinas, no Livro III, 48, as mesmas regras são repetidas, mantido o padrão da previsão das Ordena-

ções Manuelinas. No Livro III, título XL, era prevista providência de caráter punitivo, cujo resultado é impor a imediata transferência da posse do que se comporta de forma indevida perante a autoridade judiciária.

As referências à posse e sua proteção nas ordenações, de forma geral, não eram amplas, o que acarretou grande influência das normas de direitos romano e canônico. A proteção da posse é realizada por meio dos interditos, destacando-se os *recuperandae possessionis causa* e *retinendae possessionis causa*, modificados pelo uso moderno e pela prática de judicial, de que era exemplo a previsão da denominada ação de força espoliativa, prevista nas Ordenações Filipinas (Livro Terceiro, Título LXXVIII, 3).

Após a segunda metade do Século XIX, verifica-se certo afastamento da tradição romano-canônica, em razão do Alvará de 09 de novembro de 1754 e do assento 319, da Casa de Suplicação, que o interpretou, estabelecendo a regra de que a posse civil dos bens hereditários se transmitia do *de cujus* aos seus herdeiros, testamentários ou legítimos, automaticamente, no momento da morte, com a presunção legal da posse. Tal orientação era confirmada pela regra das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 95, segundo a qual, com o falecimento do marido, a posse dos bens da herança é transmitida automaticamente à esposa.

As atuais disposições jurídicas sobre a tutela da propriedade e da posse, tanto em Portugal como no Brasil, especialmente as ações de manutenção e de restituição de posse, como evolução dos antigos institutos, são evidência do valor da experiência histórica como eficaz instrumento para a análise do direito.



6. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do direito português*, 3ª edição. Almedina: Coimbra, 2000.
- AZEVEDO, J. Lúcio de. *Épocas de Portugal econômico*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1929.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O reinado de D. Manuel e as ordenações manuelinas*. Revista da Faculdade de Direito da USP, volume 95, 2000, folhas 19-32.
- BONFANTE, Pietro. *Lezione di Storia del Commercio*, vol. I. Milano: Giuffré Editore, 1982.
- CORREA, Alexandre Augusto de Castro. *História do direito nacional desde a antiguidade até o código civil de 1916*, em *História do Direito Brasileiro*. Páginas 77/90. São Paulo: Atlas, 2003.
- CORREA, Francisco Antônio. *História econômica de Portugal*. Volume I. Lisboa: Tipografia Empresa Nacional de Publicidade, 1929.
- COSTA Porto, em *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Recife: Imprensa Universitária, 1965.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, 20ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1997.
- GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 6ª edição. Padova: 1990.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- JHERING, Rudolf Von. *O fundamento dos interdictos possessórios*, 2ª. Edição, tradução de Aderbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editor, 1908.
- _____ *A teoria simplificada da Posse*, tradução de Vicente Salino Júnior. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976.
- LISBOA, Armando Castro. *A evolução econômica de Portu-*

gal. Lisboa: Portugália Editora, 1964.

MONCADA, Luiz Cabral de. *Estudos de História do Direito*, volume I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: introdução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Ordenações Afonsinas, Livro III, reprodução fac símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1972.

Ordenações Filipinas, Livro III, reprodução fac símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1972.

Ordenações Manuelinas, Livro III, reprodução fac símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1972.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Da posse e das ações possessórias segundo o Direito Pátrio*. São Paulo: Grande Livraria Paulista, 1901.

SANTOS Justo. *Direito privado romano*, volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

SCIOLOJA, Vittorio. *Teoria Della proprietà nel diritto romano*, vol. 1. Roma: Anônima romana editoriale, 1933.