



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**KENNY SONTAG**

**PERSPECTIVAS DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO:**  
Continuidades e Rupturas do Código Civil de 1916

Porto Alegre

2016

**KENNY SONTAG**

**PERSPECTIVAS DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO:**

Continuidades e Rupturas do Código Civil de 1916

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

Porto Alegre

2016

**KENNY SONTAG**

**PERSPECTIVAS DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO:**

Continuidades e Rupturas do Código Civil de 1916

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

Apresentado em Porto Alegre, em 08 de março de 2016

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Centro Universitário La Salle - UNILASALLE

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Dalva Carmen Tonato  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maren Guimarães Taborda  
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP





“*Sapere aude!* Tem coragem de fazer uso de teu próprio entendimento, tal é o lema do esclarecimento (*Aufklärung*)”. (Kant, 1783).

## RESUMO

O presente trabalho investiga o processo de desenvolvimento do Direito Hipotecário brasileiro, na transição da ausência à consolidação de seu registro público, verificando-se, sobretudo o papel do Código Civil de 1916. A análise histórica dos Direitos Reais é uma importante fonte para a compreensão do desenvolvimento das relações entre pessoas e coisas. Nesse sentido, o estudo histórico da hipoteca no Direito brasileiro permite um exame do embate entre os direitos de propriedade e os direitos de crédito, tornando evidentes elementos sociais, econômicos, da política fundiária e da cultura jurídica do período. Inicialmente, explanou-se sobre o ideário de modernização dos Direitos reais, que garantiu a proteção da titularidade individual sobre a propriedade, e sua repercussão no Direito nacional no projeto de modernização do Direito, implementado após a Independência, em 1822. Posteriormente, foram perquiridas as alterações legislativas empreendidas até o Código Civil de 1916, que passaram a prever a publicidade e a especialidade da hipoteca. Por fim, foram efetuadas comparações de dados jurisprudenciais, referentes ao período entre anos de 1912 e 1920.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do Direito. Direitos Reais. Hipoteca. Código Civil de 1916.

## **ABSTRACT**

This text investigates the process of development of the Brazilian Mortgage Law in the transition of its complete lack of registration and the consolidation of its public record, verifying mainly the role of the Civil Code of 1916. The historical analysis of the Property Law is an important source for understanding the development of the relationship between people and things. In this sense, the mortgage history in Brazilian law allows an examination of the conflict between the rights of property and the creditor rights, bringing to light social, economic, land policy and legal culture elements of the period. First, the ideology of modernization of the property rights was explained, which guaranteed the protection of the individual ownership of property, and its impact on national law in the modernization project implemented after independence in 1822. Subsequently, legislative changes undertaken until the Civil Code of 1916 were studied, which begin to provide publicity and specialty to mortgage rights. Finally, comparisons were made between case law data, developed over the years 1912 and 1920.

**KEYWORDS:** Law History. Property rights. Mortgage. Civil Code of 1916.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1 PRESSUPOSTOS PARA A GÊNESE DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO MODERNO</b>	19
1.1 Os Direitos Reais e o Paradigma Moderno	20
1.2 Itinerário de Modernização do Direito Brasileiro	32
<b>2 A FORMAÇÃO DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO</b>	43
2.1 Primórdios da Hipoteca no Brasil	48
2.2. Na senda da Publicidade e Especialidade Hipotecária	62
2.3. O Código Civil de 1916	70
<b>3 SUCINTA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL</b>	76
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	134
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	139

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa de dissertação aspira ao exame da conformação histórica da hipoteca no Direito Brasileiro, durante o período da segunda metade do século XIX ao início do século XX, analisando-se mormente a relevância do advento do Código Civil de 1916. Almeja-se expor as nuances da elaboração teórica desse instituto jurídico, através das modificações legislativas e dos discursos empregados pela doutrina e jurisprudência da época, considerando-se as transições políticas, econômicas e da cultura jurídica brasileira.

Através da dinâmica do regime jurídico dos Direitos Reais, explicitaram-se as alterações do modo de concepção das relações entre as pessoas e coisas em um paradigma de "modernização" do Direito, implementado no Brasil, sobremaneira, após sua independência política. Nesse contexto, manifestou-se a tensão entre reiteradas elucubrações e novas pretensões, com a particular adoção brasileira de ideias estrangeiras, o que deu azo a uma prática jurídica marcada por concomitantes permanências e inovações<sup>1</sup>.

Desse modo, intenta-se avaliar as implicações dessa conjuntura fática no Direito Hipotecário brasileiro, perscrutando-se as fontes, formais e doutrinárias, aplicadas nas decisões judiciais, bem como as subjacentes influências externas, delineando-se um panorama geral do processo de elaboração teórica desse instituto jurídico, em suas diversas fases e configuração no Código Civil.

Inicialmente, portanto, proceder-se-á à análise do contexto histórico. No íterim da segunda metade do século XIX ao início do século XX, grandes modificações jurídicas, sociais econômicas e políticas ocorreram, com a

---

<sup>1</sup> Vide FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 8.

Independência em 1822 e a Proclamação da República em 1889. O Brasil mantinha certos traços socioeconômicos do período colonial, ainda que prosperasse uma incipiente atividade bancária e relações jurídicas relativamente mais dinâmicas.

Tratava-se de um país pouco populoso, cuja economia se baseava na lavoura rudimentar, extensiva, inicialmente pautada na escravidão. Por conseguinte, voltava-se à exportação de matérias-primas e gêneros alimentícios, sendo dependente da importação de produtos manufaturados<sup>2</sup>.

De fato, não havia atividade industrial relevante, predominando os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes. Interesses que estavam confinados a uma diminuta classe média, já que a população em geral era pobre. Essa burguesia rural e mercantil acabou gerenciando a organização social do país, organizando a legislação no sentido de atender o que lhe era conveniente.

A sociedade foi se tornando paulatinamente mais complexa, demandando novas elucubrações jurídicas, do Direito em geral e dos Direitos Reais em específico. Eventualmente também eram estimulados certos transplantes jurídicos, inovações estrangeiras visando a garantir a prevalência de determinadas vantagens particulares e manter um discurso de modernização e erudição do Direito.

Posteriormente, discorrer-se-á sobre os elementos propriamente jurídicos do Direito Hipotecário, a formação da disciplina e doutrina nacional sobre essa matéria, sua aplicação prática e consolidação na codificação. Nesse sentido, pretende-se delinear a gênese do Direito Hipotecário pátrio, a partir da legislação portuguesa e reformulações nacionais esparsas, associando-a às relevantes críticas e colaborações doutrinárias e jurisprudenciais.

---

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Universidade da Bahia, 1958, p. 40 et seq.

Por se tratar de um Direito Real tradicional, que remonta à antiguidade, o Direito Hipotecário já era previsto nas Ordenas Filipinas de 1603, ainda que de forma rudimentar. Essas eram um conjunto de normas portuguesas, consideradas muito conservadoras para época e elaboradas para um contexto diverso do brasileiro. Todavia, sua vigência perdurou por longo período, principalmente no Brasil, dentre outros fatores, devido à lei da Boa Razão que permitia certas adaptações interpretativas às necessidades práticas<sup>3</sup>.

Neste período, notava-se, contudo, a necessidade de se reger de modo mais pormenorizado a hipoteca, favorecendo uma maior segurança jurídica e dinamização econômica. Por isso, a Lei Orçamentária 317 de 1843 criou um Registro Geral de Hipoteca no Brasil. Posteriormente, essa Lei foi regulamentada pelo Decreto 482 de 1846, que previa o modo como esse registro seria constituído.

Observa-se que à época havia ainda grande confusão quanto à titularidade de bens imóveis. A propriedade não tinha sido objeto de uma disposição normativa concisa, sendo até então transmitida pela tradição, ou seja, pela simples transmissão, sem qualquer formalidade.

Apesar dos imbrólios decorrentes da problemática falta de consolidação da propriedade, o primeiro registro idealizado no Brasil se voltou à hipoteca e não à propriedade. O fundamento explicativo dessa inversão se encontra na busca por dinamizar o crédito. Na verdade, como a economia brasileira era predominantemente agrícola, existia a necessidade da ativação e circulação do crédito garantido pelos imóveis.

---

<sup>3</sup> Vide FONSECA, Ricardo Marcelo. A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 44. 2006, p. 63 et seq.

Esse registro hipotecário primitivo, no entanto, não obteve grande êxito, pois era ausente de certos elementos garantidores. Não havia a previsão de publicidade e de especialidade da hipoteca, ou seja, que ela se devesse voltar a um bem imóvel pré-determinado, existindo a possibilidade de acesso a informações pelos interessados. A falta de publicidade permitia que fossem feitas diversas hipotecas irregulares sobre um mesmo bem.

Visando a solucionar essas imperfeições, foi posteriormente criado o Registro Geral de Imóveis, por meio da Lei 1237 de 1864. Essa Lei substituiu a tradição pela transcrição como modo de transferência do domínio, exigindo a elaboração de registro público, o que garantiu maior publicidade.

No ano de 1890, foram elaborados três Decretos que estabeleceram a devida especialização das hipotecas, sobretudo das hipotecas legais, e que determinaram a inexistência da produção de efeitos a terceiros pela simples tradição de bens imóveis, até a realização da transcrição. Em 1916 com o advento do Código Civil, essas reformas foram consolidadas.

O Código Civil de 1916 não teria introduzido grandes alterações da disciplina da hipoteca, mas dos registros de direitos reais em geral. Manteve a necessidade da transcrição e acrescentou a presunção relativa do domínio em relação ao titular constante do registro público de bens imóveis.

De certo modo, as modificações legislativas demonstram uma dinamicidade da disciplina da hipoteca e dos Direitos Reais para atender às necessidades econômicas momentâneas, o que será verificado em conjunto com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

No âmbito da doutrina dos Direitos Reais, pode-se categoricamente afirmar que o autor mais citado do período era Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), jurista que deteve grande prestígio desde a época Imperial. A obra *Direito das Coisas*, publicada em 1877 e posteriormente atualizada em inúmeras edições, foi certamente a principal referência utilizada nas decisões de casos concretos.

A jurisprudência será examinada por meio da coletânea de decisões publicada na *Revista dos Tribunais*, um dos principais meios de divulgação do gênero do período estudado<sup>4</sup>. Há a intenção de se verificar os problemas jurídicos que existiam e como o instituto jurídico existia na prática.

Desse modo, o intuito da pesquisa é perquirir, conjuntamente, duas esferas temáticas inter-relacionadas. O polo do contexto político, econômico e social e o polo da disciplina jurídica da hipoteca, não limitado apenas à legislação, mas englobando a doutrina e a jurisprudência, esquadrinhando-se seus mútuos influxos.

A justificativa desta proposta de pesquisa se encontra, em primeiro plano, na compreensão da formulação do direito real de hipoteca no ordenamento jurídico brasileiro, sobremaneira do papel desempenhado pelo Código Civil de 1916. Em segundo plano, designa-se o discernimento dos ímpetus sociais e econômicos que influenciaram decisivamente neste processo de criação do Direito, durante o final do período Imperial e o início da República.

O objeto central da pesquisa é verificar a relevância do advento do Código Civil de 1916 na disciplina do Direito Hipotecário, examinando-se a permanência de elucubrações jurídicas e manutenção de discursos legislativos, doutrinários e

---

<sup>4</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 333.

jurisprudências anteriores, concomitantes com o intento de implementação de inovações jurídicas, sobretudo estrangeiras<sup>5</sup>.

O estabelecimento do Código Civil concretizou um ideal de modernização do Direito, aspirado desde a proclamação da Independência, em 1822. Os primeiros esforços no sentido de elaboração de leis civis propriamente nacionais iniciaram ainda em 1855, com a redação da *Consolidação das Leis Civis* de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), finalizada em 1857.

Sucederam-se diversas outras tentativas. Em 1871, houve propostas incompletas de Visconde de Seabra (1789-1895). Em 1872, Joaquim Nabuco de Araújo (1849-1910), então conselheiro do Império, preludiou novo projeto, interrompido pelo seu falecimento. Em 1881, Joaquim Felício dos Santos (1822-1895) escreve *Apontamentos* a um projeto de Código Civil. Em 1883, Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) apresentou sua versão de projeto. Em 1899, Clóvis Beviláqua (1859-1944) compôs sua proposta, sob encomenda governamental, finalmente aprovada em 1916, após diversas modificações legislativas<sup>6</sup>.

Percebe-se que o processo de elaboração do primeiro Código Civil brasileiro foi bastante complexo e moroso. Nesse ínterim, reformas legislativas foram desenvolvidas em matérias de Direitos Reais, incluindo-se a disciplina da hipoteca. Desse modo, o que se busca verificar é o real impacto que o Código Civil de 1916 representou à matéria de Direito Real Hipotecário.

Concomitantemente, almeja-se perscrutar se o discurso de modernização do Direito, empreendido por modificações legislativas, pela doutrina, pela jurisprudência

---

<sup>5</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e Dimensão Jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19 et seq.

<sup>6</sup> Vide MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 79 et seq.

e pelo transplante de elementos estrangeiros, realmente se efetivou ou apenas justificou práticas e interesses anteriormente imperantes. Explica-se, destarte, a análise de características políticas, sociais e econômicas do Brasil nesse período.

As principais hipóteses que norteiam a pesquisa são as seguintes:

1. O Código Civil de 1916 não teria efetuado grandes alterações no regime de Direito hipotecário, previamente conformado em legislações esparsas anteriores, e não teria modificado, de modo significativo, a jurisprudência e prática da época, no que se refere à disciplina da hipoteca.

2. O Direito Hipotecário nacional teria sido conformado de acordo com as necessidades e pressões políticas, econômicas e sociais do período, atendo aos interesses de determinados grupos sociais. A demanda por dinamização da economia e ampliação de garantias por parte de proprietários teria desempenhado influxos nas elaborações jurídicas.

3. Em que pese houvesse discursos de modernização do Direito e tentativas de transplantes de erudição e elucubrações estrangeiras, o Direito Hipotecário brasileiro ter-se-ia formulado em decorrência de necessidades da realidade local. Desse modo, existir-se-ia uma mescla de continuidades e modificações jurídicas.

Os objetivos do presente trabalho são sinteticamente:

1. Escrutínio da relevância de regras introduzidas pelo Código Civil de 1916 na disciplina do Direito hipotecário brasileiro, verificando-se a existência ou não de inovações e a permanência ou não de normas anteriores.

2. Averiguação das influências dos contexto político, econômico e social na formatação do Direito Hipotecário nacional.

3. Influências do Direito Comum europeu (*ius commune*) e o Direito lusitano no Direito Hipotecário brasileiro. Quais elementos dessa cultura jurídica foram absorvidos e adaptados na constituição teórica e prática desse instituto jurídico.

4. Exame das fontes normativas vigentes à época e sua importância na elaboração da teoria do Direito Hipotecário brasileiro, relacionando-se a legislação e a doutrina, e o costume e a prática.

5. Escrutínio da relevância das elucubrações doutrinárias na disciplina jurídica da hipoteca, verificando-se sua repercussão na jurisprudência.

6. Apuração dos efeitos decorrentes da formulação jurídica nacional de hipoteca na relação entre as pessoas e coisas no período analisado.

A metodologia empregada se baseia no levantamento bibliográfico e realização de resumos e resenhas críticas sobre: a) História do Brasil e História do Direito brasileiro no período imperial e republicano inicial; b) alterações legislativas na disciplina da hipoteca no Brasil; c) doutrina do Direito Hipotecário brasileiro no período analisado; d) estudo de casos colecionados em revistas científicas relevantes à época, verificando-se os conflitos mais comuns, os discursos presentes e a prática da hipoteca no Brasil; e e) Codificação civil no Brasil imperial e republicano.

Proceder-se-á a apuração e análise de dados políticos, sociais e econômicos do Brasil imperial e republicano, da segunda metade do século XIX à primeira metade do século XX. Também será feito o levantamento e exame de documentos primários sobre Direito Hipotecário brasileiro e relações de pertencimento (legislação nacional, projetos de lei, decisões jurisprudenciais, etc.).

Essas são as premissas e objetivos que permeiam a presente pesquisa e auxiliam na reflexão histórica sobre a formação e percepção da hipoteca no Direito brasileiro, durante o período estudado. Conforme observado, a análise desses questionamentos deve considerar o cenário acima esboçado, contribuindo para sua compreensão. Ademais, as opções legislativas, jurisprudenciais e concepções jurídicas adotadas no âmbito nacional podem revelar aspectos da complexa realidade brasileira.

## 1 PRESUPOSTOS PARA A GÊNESE DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO MODERNO

O Direito Objetivo das Coisas disciplina as possíveis relações jurídicas existentes entre um titular de direito e uma coisa<sup>7</sup>. Portanto, os conceitos de *coisa* e *sujeito* de relação jurídica perfilam o modo de concepção dos Direito Reais. Esses conceitos, entretanto, não se consolidam perenemente, como realidades trans-históricas, mas designam um complexo de significados fluídos e mutáveis.

A tensão entre reiteraões consolidadas e proposições inovadoras demonstra que a permanência de um vocábulo na ordem jurídica não implica, necessariamente, na manutenção de seu conteúdo de acepção. Consequentemente, essa premissa é essencial para se compreender qualquer direito segundo o seu discernimento histórico<sup>8</sup>. Nesse sentido, o estudo da *hipoteca*, espécie de direito real sobre coisa alheia, deve atentar à relativização de ponderações atualmente assumidas como incontestes.

O primeiro capítulo desta dissertação se dedica à análise contextual e substancial da formulação do Direito Hipotecário brasileiro no cenário da modernização jurídica nacional, empreendida a partir do século XIX. Para tanto, foi preciso explicar o longo ideário de modernização dos Direitos Reais em geral, iniciado ainda no medievo europeu.

Indiscutivelmente, a experiência histórico-jurídica nacional difere marcadamente da sucedida na Europa. Entretanto, a gradativa modernização jurídica brasileira é fato relativamente recente, cujo exame dos elementos geradores

---

<sup>7</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Auflage. Band I. Frankfurt a. M.: Rütten & Loening, 1887, p. 449; WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 2. Auflage. Band I. Berlin: Springer, 2006, p. 4.

<sup>8</sup> Vide HESPANHA, António Manuel. Categorias. Uma Reflexão sobre a Prática de Classificar. *Análise Social*. v. XXXVIII (168), 2003, p. 823 et seq.

demanda a consideração da realidade enfrentada por Portugal e suas raízes europeias, já que a metrópole legou arcabouços culturais e institucionais às metrópoles.

Com efeito, a tradição jurídica portuguesa, especialmente a referente ao antigo regime, absorvida no Brasil, mantinha traços característicos do pensamento jurídico medieval, permanecendo vinculada à tradição do *ius commune*. O Direito brasileiro do século XIX ainda estava circunscrito a esse modelo de entendimento das dimensões jurídicas.

### 1.1 Os Direitos Reais e o Paradigma Moderno

A compreensão atual de *coisa* e *Direitos Reais* decorreu de um longo e descontínuo percurso histórico, cujos fundamentos se assentaram em momentos distintos, marcada, sobretudo, pela transição da propriedade pré-moderna à propriedade moderna<sup>9</sup>. Tratou-se de um processo de renovação que perdurou do século XIV ao XIX, quando culminou o auge de sua maturidade intelectual<sup>10</sup>. Vinculado a uma erosão da mentalidade medieval, impôs-se um dever geral negativo, que implicou na exclusão de terceiros e a proteção jurídica do titular de direito real, a quem foi facultado o uso e gozo privativo de determinado bem<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Atribuiu-se ao termo *pré-moderno* uma conotação restritiva, designando primordialmente o período medieval, em consonância com a exposição de Ricardo Marcelo Fonseca. Em contrário, Janet Coleman considera um significado abrangente, englobando a Antiguidade. Vide FONSECA, Ricardo Marcelo. A Lei de Terras e o Advento da Propriedade Moderna. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. v. XVII, 2005, p. 99; COLEMAN, Janet. Propriedade: Premoderna e Moderna. In: CHIGNOLA, Sandro; DUSO, Giuseppe (Orgs.). *Sui Concetti Giuridici e Politici della Costituzione dell'Europa*. Milano: Franco Angeli, 2010, p. 119.

<sup>10</sup> “È un processo di rinnovazione che impegna cinque secoli, dal Trecento all'Ottocento, e che soltanto al suo esito finale ottiene l'inversione di un senso, il capovolgimento della mentalità: soltanto a metà Ottocento il frutto, ormai maturo, si stacca dal ramo, ma la progressiva maturazione ha avuto una durata plurisecolare”. GROSSI, Paolo. La Proprietà e le Proprietà nell'Officina dello Storico. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 17. Milano: Giuffrè, 1988, p. 405.

<sup>11</sup> “Pode-se afirmar que a construção dessa noção de pertencimento individual, que permite ao seu titular excluir todas as outras pessoas do uso e gozo de um bem, está intimamente ligada às

A Idade Média havia desenvolvido uma percepção peculiar das *situações reais*, em particular da propriedade, de acordo com “uma visão de mundo profundamente reicêntrica e claramente objetiva da ordem natural e social”<sup>12</sup>. Prevalcia uma incompletude do poder político, ou sua não consumação em um projeto que aspirasse a abarcar integralmente a realidade gregária. Conseqüentemente, proliferavam intermediários sociais, grupos de agremiação que possibilitavam certa representatividade<sup>13</sup>.

O coletivo imperaria sobre o individual e o natural se sobreporia ao volitivo. A pessoa interagia como membro de comunidades, *uti socius*, cujas finalidades eram plurais, como o cunho religioso, profissional, assistencial ou político. O indivíduo solitário, *uti singulus*, seria imperfeito e frágil<sup>14</sup>. As relações de pertencimento, portanto, encontravam-se sob o enfoque da coisa em si e não de uma perspectiva individualista e antropocêntrica, pautada pelo direito subjetivo e o dogma da vontade.

Manifestava-se, no primeiro medievo, uma *atração do real*. A coisa exerceria um *magnetismo jurídico*, sendo o centro cósmico e econômico de gravitação da existência em seu entorno<sup>15</sup>. As situações jurídicas de direito real, por não serem tuteladas pelo Estado e formuladas segundo protótipos abstratos e formais, previamente previstos na legislação, baseavam-se no costume e nas múltiplas utilidades e poderes autônomos e imediatos sobre o bem.

---

pretensões da modernidade de liberalização dos sujeitos de todos os vínculos tradicionais e condicionamentos existentes na sociedade medieval”. STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e Dimensão Jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 70.

<sup>12</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 99.

<sup>13</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 28.

<sup>14</sup> GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 17.

<sup>15</sup> “(...) la cosa, cosmicamente ed economicamente protagonista, subordina a sé, alle sue regole, tutte le esistenza che le gravitano attorno; la cosa, quasi munita di un intensissimo magnetismo giuridico, non consente autonomie nella sua orbita ma attrae a sé ogni situazione”. GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 96.

A propriedade medieval, por conseguinte, despiu-se do ideário romano, sobremaneira proprietário e solene<sup>16</sup>, enfatizando os exercícios efetivos da coisa, sua expressão prática e normatividade intrínseca<sup>17</sup>. Apresentava uma unidade frágil, ocasional e precária, em razão de sua tendência ao desmembramento em frações emancipadas e pluralidade de sujeitos, não submetida a um agente dominador exclusivo.

La proprietà medievale è un'entità complessa e composita tanto che appare perfino indebito l'uso di quel singolare: tanti poteri autonomi e immediati sulla cosa, diversi per qualità a seconda delle dimensioni della cosa che li hanno provocati e legittimati, ciascuno dei quali incarna un contenuto proprietario, un dominio (l'utile e il diretto), e il cui fascio complessivo riunito per avventura in un solo soggetto può far di lui il titolare della proprietà sulla cosa. Sia ben chiaro che questa proprietà non è però una realtà monolitica, la sua unità è occasionale e precaria, e ciascuna frazione porta in sé la tensione ad autonomizzarsi e la forza a realizzare lo smembramento; né occorrono soltanto atti di disposizione per provocarlo, ma spesso anche semplici atti di amministrazione del proprietario (per esempio, a certe condizioni, anche un contratto agrario) possono portare alla divisione in tante frazioni della unità composita. Questa relatività soggettiva, questa unità tanto fragile, hanno delle motivazioni precise, e noi le conosciamo: si assommano nella volontà dell'ordinamento di costruire l'appartenenza partendo della cosa e di condizionarla alle esigenze di questa<sup>18</sup>.

Permaneceram, em grande medida, essas características no segundo medievo. Contudo, enquanto a prática protomedieval intuía uma relevância jurídica por meio de figuras fáticas, a sistematização do *Corpus Iuris Civilis* as ordenou segundo modelos mais rigorosos e teóricos. Os glosadores, pós-acursianos e comentadores empreenderam um reencontro com o Direito Romano, mediante

<sup>16</sup> Sobre a disciplina e o formalismo das situações reais no Direito Romano vide KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. 1. Abschnitt. München: C. H. Beck, 1955, p. 316 et seq.; JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Römisches Privatrecht*. 3. Auflage. Berlin: Springer, 1949, p. 111 et seq.

<sup>17</sup> “Na relação homem-coisa há, da parte do primeiro, um profundo sinal de humildade: a coisa, afinal, como aquilo que tem o maior valor econômico, assume o papel de elemento primário da ordem e é dotado de uma enorme incisividade no nível jurídico ou, dito de outro modo, é dotado de uma intrínseca normatividade”. FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 100.

<sup>18</sup> GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 1988, p. 408.

estudo independente dos textos justinianeus, e, no âmbito das situações reais, aspiraram a fixar seus fundamentos de validade<sup>19</sup>.

Nesse período, as elaborações técnicas se concentravam em desdobramentos da expressão *dominium*, adotando-a como parâmetro de validade jurídica. A forma era romana, mas o conteúdo medieval. O *dominium directum* se relacionava com a substância do bem, enquanto o *dominium utile* assinalava a sua multiplicidade de utilidades. Portanto, a efetividade econômica de uma determinada coisa permanecia realçada<sup>20</sup>.

Em geral, o Direito Comum propalava uma equiparação entre *coisas* e *pessoas*, pois ambas conformavam o arranjo da criação divina sem que houvessem *distinções qualitativas decisivas*. As próprias pessoas poderiam ser objeto de relações jurídicas de Direito Real ou existirem coisas decorrentes de fatos pessoais, como os deveres feudais ou jurisdicionais<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2002, p. 237-238; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 141-142. Vide CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 345 et seq.; vide WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 38 et seq.; WIEACKER, Franz. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. *Boston College International and Comparative Law Review*. v. 4. Issue 2, 1981, p. 275 et seq.; KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 101 et seq.; HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Mem-Martins: Publicações Europa-América, 2003, p. 146 et seq.; STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University, 2004, p. 45 et seq.

<sup>20</sup> “(...) il dominio utile è il frutto di questa ormai indispensabile contaminazione fra il piano dell’effettività e quello della validità, è l’insieme delle certezze altomedievali ripensato ‘romanisticamente’ in termini di *dominium*. Dove il *dominium* viene sforzato e tradito per costringerlo a ricevere ciò che più preme all’ordinamento di salvare, e cioè l’attingimento delle situazioni effettive di godimento ed esercizio alla sfera più gelosa del reale. È per questo che la nozione di dominio utile ha una sua storia e preistoria: formalmente nasce quale responsabile invenzione della scienza giuridica dei Glossatori, sostanzialmente vivi già nelle intuizioni della prassi altomedievale (...)”. GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 1988, p. 396.

<sup>21</sup> HESPANHA, António Manuel. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 72-74. Vide BUSSI, Emilio. *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune: diritti reali e diritti di obbligazione*. Padova: Antonio Milani, 1937, p. 3 et seq.; CAPPELLINI, Paolo. *Direito Comum. Espaço Jurídico*. Tradução de Ricardo Sontag. Revisão de Arno Dal Ri Junior. v. 9, n. 1, 2008, p. 79 et seq.

Ademais, exibia-se uma concepção ampla de *coisa*, que nem sempre coincidia com fenômenos empíricos, estendendo-lhes certas garantias jurídicas. Paralelamente aos direitos reais sobre coisas, existiam direitos reais sobre direitos, considerados bens patrimoniais. Conseqüentemente, além da previsão de mecanismos de defesa de direitos de proprietários, possuidores e usufrutuários, entendia-se que as *restitutiones* e *interdicta*, instrumentos destinados à proteção da posse, eram aplicáveis a direitos políticos, a benefícios e ofícios, e ao direito de eleger, nomear ou apresentar o destinatário de benefício ou ofício<sup>22</sup>.

Como as pessoas e coisas integravam uma ordem voltada ao bem comum, desempenhavam determinada função, ou seja, representavam *utilidades* e correspondentes *necessidades* por parte de seus favorecidos, que eventualmente eram reconhecidas juridicamente. Assim, o *dominium* designava tanto a faculdade jurídica de se gozar e dispor licitamente de um bem, como exercer direito sobre pessoas, não tendo por objeto a coisa ou pessoa em si, mas sua utilidade<sup>23</sup>.

O relatado desmembramento da coisa ocorria, justamente, em razão da sua pluralidade de utilidades, pois cada uma poderia ensejar um direito equivalente. A multiplicidade de utilidades predispunha uma hierarquia de finalidades, prevalecendo as espirituais sobre as temporais, e as comuns sobre as particulares<sup>24</sup>.

Modificações gradativas de pensamento iniciaram a partir do século XIV, acompanhadas de diferentes circunstâncias sociais, econômicas e culturais, e crise

---

<sup>22</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 75-76.

<sup>23</sup> "Neste universo ordenado das necessidades e das utilidades, as coisas não eram essencialmente diferentes das pessoas. Algumas coisas necessitavam de outras (*v. g.*, os animais do pasto), algumas pessoas necessitavam de outras (*v. g.*, o senhor dos vassallos), algumas coisas necessitavam de pessoas (*v. g.*, a terras, dos servos adscritícios) e, muito geralmente, as pessoas necessitavam de coisas. A esta cadeia das necessidades correspondia, em negativo, uma cadeia das utilidades. Daí que o conceito de domínio, como faculdade de uso, fosse muito geral, abrangendo tanto vários direitos de gozo sobre coisas (propriedade, usufruto, hipoteca, servidões, etc.), como direitos sobre pessoas (nomeadamente a jurisdição). O próprio poder de Deus sobre o mundo podia ser configurado como domínio: ou Deus não fosse o *Dominus mundi*". HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 78.

<sup>24</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 81.

de valores, que demandavam novas soluções jurídicas<sup>25</sup>. Nesse ínterim, regiões do norte da Itália se tornaram mais urbanizadas e engendraram uma *consciência cívica* de liberdade, que legitimava a resistência à submissão ao Sacro Império Romano-Germânico e o autogoverno republicano, resistindo a controles externos da vida política<sup>26</sup>. Certa noção de autonomia transitou ao plano da *pessoa*, arquitetando, ainda que rudimentarmente, o ideário moderno de *sujeito*<sup>27</sup>.

Nos séculos XIII e XIV, o debate de franciscanos e dominicanos sobre o abarcamento do voto de pobreza, assumida enquanto não propriedade, resultou reflexamente em um discurso arrojado sobre o *dominium*<sup>28</sup>. Constatou-se que, se a satisfação de uma necessidade pela utilidade de uma coisa implicasse em uma forma de domínio sobre este, mesmo as ordens mendicantes deteriam bens. Esse imbróglio acabou fazendo com que se sustentasse “a ideia de que o verdadeiro domínio não consistiria num uso fáctico, material, das coisas, mas antes numa *disposição meramente subjectiva*”<sup>29</sup>.

Destarte, a doutrina dos Direitos Reais passou a se vincular ao *desejo de apropriação*. Uma pessoa em específico seria proprietária porque quer tê-lo e não necessariamente porque a coisa integra seu patrimônio. Tratava-se de uma

<sup>25</sup> GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 67 et seq.

<sup>26</sup> SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. v. 1. Cambridge: Cambridge University, 2002, p. 6-7.

<sup>27</sup> “El humanismo, al situar el ideal formativo del hombre, en el estudio de la antigüedad pagana, lo secularizó, independizándolo de la Iglesia y liberándolo de todas las ataduras medioevales que lo constreñían. Creó y elaboró la idea de la moderna personalidad, esto es, de una personalidad, que al menos en lo que atañe a las cosas de espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplares”. KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 167.

<sup>28</sup> “(...) il linguaggio francescano sulla povertà è insensibilmente diventato un discorso sulla povertà, organico, autonomo, insulare rispetto al circostante tessuto; tanto organico e autonomo che gli scrittori minoriti si diffondono nella regolazione dei suoi confini, mettendo organicamente in contatto la povertà come regola sociale, con le altre regole dell’assetto sociale, segnandone l’autonomia grazie all’esame parallelo de suo *oppositum*, cioè la proprietà privata. E il discorso sulla povertà diviene sempre, costantemente, anche un discorso sulla proprietà, giacché povertà finisce per essere non-proprietà; e ogni trattato sulla povertà si converte, come vedremo, nell’analisi minuta, approfondita del *dominium*; ogni trattato porta avanti la propria analisi alla luce, per così dire, di un positivo e di un negativo, e quel negativo sempre si dà un contenuto e un termine: *dominium*”. GROSSI, Paolo. *Usus Facti: la nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1972, p. 291-292.

<sup>29</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 83.

percepção espiritual do homem, que enfatizava o aspecto da vontade e o desprendia da realidade material<sup>30</sup>.

O paulatino trânsito do medieval ao moderno foi mais evidente no século XIV, por meio das argumentações de William of Ockham (1285-1347). O franciscano nominalista renunciou o conceito de *direito subjetivo*, atribuindo especial destaque à individualidade<sup>31</sup>. Dentre suas propostas estava a rejeição dos *universais*, ou seja, a ideia de que existem somente singularidades, que não podem ser reunidas em um conjunto abstrato único<sup>32</sup>.

*Universal*, para o medieval, era “tudo aquilo que podia estar presente em várias coisas, como um todo, simultaneamente, e em algum modo constitutivo metafisicamente apropriado” ou que fosse “naturalmente apto para ser predicado de muitos”<sup>33</sup>. Entretanto, essa concepção foi rechaçada em prol da valorização do individual. A realidade comportaria substancialmente apenas fenômenos concretos de caráter singular, sendo os *signos* ou noções gerais exclusivamente instrumentos primários e imperfeitos de seu conhecimento<sup>34</sup>.

Desse modo, *peças* ou *coisas* não poderiam ser elaboradas por intermédio de disposições que as reunissem em um todo, formulado segundo a estrutura social

---

<sup>30</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 101.

<sup>31</sup> “At least two distinct themes in Ockham’s metaphysics have been called nominalism: (1) his rejection of universals and their accoutrements, like the Scotist formal distinction, and (2) his program of what can be called ‘ontological reduction’, namely his eliminating many other kinds of putative entities, whether universal or not, and in particular his cutting the list of real ontological categories from Aristotle’s ten to two: substance and quality (plus a few specimens of relation in theological contexts)”. SPADE, Paul Vincent. Ockham’s Nominalist Metaphysics. In: SPADE, Paul Vincent (Ed.). *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge: Cambridge University, 2006, p. 100.

<sup>32</sup> VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 225.

<sup>33</sup> SPADE, Paul Vincent. *op. cit.*, p. 111.

<sup>34</sup> “São apenas conceitos, instrumentos, etapas no caminho do conhecimento de uma realidade exclusivamente singular, apenas um começo de conhecimento nebuloso dos indivíduos. Universais e relações são apenas instrumentos de pensamento”. VILLEY, Michel. *op. cit.*, p. 231. Vide também KAUFMANN, Matthias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*. Leiden: E. J. Brill, 1994, p. 22 et seq.; BECKMANN, Jan P. *Wilhelm von Ockham*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 86 et seq.

ou sua finalidade, mas de acordo com sua natureza idiossincrática. Exclusivamente desta e da vontade particular redundariam os direitos e deveres incidentes sobre as situações reais<sup>35</sup>.

L'interpretazione volontaristica della realtà economico-sociale si fonda su alcune intuizioni decisive: innanzi tutto, una visione dualistica del mondo dei soggetti e del mondo dei fenomeni, con il conseguente tentativo di costruire una metafisica del soggetto sulle cose, di compiere il suo distacco metafisico della natura; e, insieme, il tentativo di operare una lettura delle cose solo attraverso il filtro del soggetto costituendole mera ombra di questo e della sua sovranità<sup>36</sup>.

O novo paradigma jurídico-antropológico rompeu com a compreensão coletivista medieval, assumindo o indivíduo como elemento central. A partir de então, o Direito se dedicou a determinar o conteúdo dos *direitos individuais*, as *qualidades* e dimensões das *faculdades jurídicas* do indivíduo. A ordem natural cedeu à *vontade positiva* dos indivíduos na fundamentação da norma jurídica<sup>37</sup>.

Obviamente, essas considerações intelectuais influíram na controvérsia sobre o voto de pobreza de segmentos religiosos, já envolta em um contexto de crise eclesiástica. Em *Opus nonaginta dierum* (1332-1333), Ockham contra-argumentou a bula papal *Quia vir reprobus* (1329) e as tentativas de João XXII em vincular os franciscanos à titularidade jurídica de bens. Defendeu o apartamento do Direito Real e a *utilidade da coisa*, identificando-o com um *poder subjetivo* sobre esta, que poderia ser renunciado, por ato de vontade, ainda que permanecesse faticamente

---

<sup>35</sup> “Enquanto que a filosofia clássica dava existência *real* ao homem «situado» em certas estruturas sociais (como «pai», como «cidadão», como «filho»), e, portanto, considerava como reais ou naturais os direitos e deveres decorrentes de tal situação, a filosofia social nominalista considera os indivíduos isolados, sem outros direitos ou deveres senão aqueles reclamados pela sua *natureza individual*, ou pela sua *vontade* (e eis aqui o pendor «voluntarista» do nominalismo, que está na base do positivismo moderno)”. HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 216, nota 358.

<sup>36</sup> GROSSI, Paolo. La Proprietà nel Sistema Privatistico della Seconda Scolastica. In: GROSSI, Paolo (Ed). *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 124.

<sup>37</sup> VILLEY, Michel. *op. cit.*, p. 233; KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 81.

exercido. Por conseguinte, a disposição fática de bens, por parte dos franciscanos, não prejudicaria o voto de pobreza, pois ausente a vontade individual de pertença<sup>38</sup>.

Contemporâneas a este panorama histórico, confluíram no mesmo sentido as reflexões de Marsiglio da Padova (1275-1342), que aspiravam, ainda, a uma secularização do pensamento político-jurídico, na senda de reformistas, antipapistas e Dante Alighieri (1265-1321). A obra *Defensor Pacis* (1324) ressaltou o caráter volitivo do Direito e do Estado<sup>39</sup>.

Nos séculos XVI e XVII a Escola Peninsular de Direito Natural, Segunda Escolástica ou Neoescolástica, também desempenhou um papel relevante na gênese da propriedade moderna, por meio de especulações teológico-jurídicas concordes com os postulados tomistas essenciais, voltadas a soluções de repercussão prática aos problemas da época<sup>40</sup>.

Manteve-se o destaque ao indivíduo e ao voluntarismo. A autonomia do sujeito seria garantida pelo livre arbítrio e pelo *dominium sui*, o domínio sobre si mesmo e sobre suas ações. O *dominium rerum externarum*, domínio sobre uma coisa, seria como um prolongamento do primeiro, donde o exercício de poder sobre

---

<sup>38</sup> Vide VILLEY, Michel. *op. cit.*, p.265-278; SHOGIMEN, Takashi. *Ockham and the Political Discourse in the Late Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University, 2007, p. 36 et seq.; LEFF, Gordon. *William of Ockham: the metamorphosis of scholastic discourse*. Manchester: Manchester University, 1975, p. 614 et seq.; VOEGELIN, Eric. *The Later Middle Ages*. v. III. In: WALSH, David (Ed.). *The Collected Works of Eric Voegelin*. v. 21. History of Political Ideas. Columbia: University of Missouri, 1998, p. 118 et seq.; MCGRADY, Arthur Stephen. *The Political Thought of William of Ockham: personal and institutional principles*. Cambridge: Cambridge University, 2002, p. 9 et seq.; CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do Sujeito de Direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 24 et seq.

<sup>39</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 68-74; SHOGIMEN, Takashi. *op. cit.*, p. 49 et seq.; VOEGELIN, Eric. *op. cit.*, p 84 et seq.

<sup>40</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 342-343; WOLKMER, Antonio Carlos. *op. cit.*, 2006, p. 123 et seq.

um bem, consolidado em um direito real, seria primordial à realização plena da própria personalidade<sup>41</sup>.

A orientação *jusnaturalista individualista* se perpetuou nos pensamentos cartesiano e empirista, ambos a seu modo, dos séculos XVII e XVIII. Derivam-se direitos individuais, inalteráveis e necessários dos impulsos que condicionavam a ação humana, da *natureza do homem*, a qual se almejava definir, mediante o racional ou o concreto. O social se fundaria somente pela limitação da liberdade natural, instrumentalizada pela prática de um pacto, ou seja, pela vontade individual, implementada pela tendência à vida em coletividade (*appetitus societatis*) ou por temor ao estado de natureza<sup>42</sup>.

Nesse contexto, sobretudo no pensamento contratual social inglês, prosperou o *individualismo possessivo*, que identificava o sujeito como proprietário de si mesmo e de suas capacidades. Suas características eram afirmar o homem como ser livre da dependência da vontade dos demais; a não imposição de qualquer vínculo com outrem além dos voluntários, baseados em seu interesse próprio. Sendo a *pessoa livre* somente se proprietária, a sociedade humana se resumiria a uma série de relações de mercado<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 1973, p. 135. “O esboço daquilo que chamaríamos de ‘liberdade’ que então vai se formando toma a feição de “autodeterminação da vontade” (...) revela-se sobretudo como possibilidade de controlar a si mesmo e a realidade externa; é o dominium sui que faz com que o homem livre se diferencie do servo, de modo que o sujeito que emerge da idade média é sobretudo caracterizado como alguém dotado de facultas dominandi, é alguém que se expressa a si mesmo de modo completo somente mediante formas possessivas; a liberdade vista como dominium é independência, superioridade, exclusividade, e se traduz num domínio de si mesmo e de seus próprios atos, bem como um domínio da realidade exterior. (...) Dessa forma, o ‘ter’ é algo que passa a ser fundante de uma expressão de subjetividade, é algo que tem a capacidade de definir o ‘ser’. E esse dominium, como se pode prever, continuamente vai deixando de ser somente uma categoria essencial na interpretação das relações intersubjetivas (...), mas o dominium sui vai progressivamente se afirmando também na relação com as coisas: o homem moderno é alguém que se expressa e se afirma como aquele que possui as coisas, no sentido de exercer sobre elas um domínio e um poder exclusivo”. FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 102-103.

<sup>42</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 216-217.

<sup>43</sup> MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University, 1990, p. 263

A liberdade individual, que afastava a subjugação a vontade de outrem, seria limitada apenas pelos deveres necessários para se manter a mesma liberdade aos demais. Desse modo, a constituição política se justificaria por meio de um acordo voltado à proteção da propriedade individual, enquanto *pessoa e bens*, e à manutenção ordenada das relações de troca<sup>44</sup>.

Thomas Hobbes (1588-1679), no clássico *Leviathan* (1615), suscitou a interpretação de que a incerteza e o constante temor do *estado de natureza* desencadeariam a decisão coletiva de abdicção de todos os direitos em favor do príncipe, que governaria racionalmente, zelando pela paz e pelo bem comum e individual. O soberano seria o único legitimador e intérprete autorizado do Direito, redundando na inviabilidade do Direito Natural e a submissão do costume ao Direito Positivo<sup>45</sup>.

Em outro sentido, uma visão demo-liberal do contrato social foi formulada por John Locke (1632-1704), em *Two Treatises of Government* (1690). A fundação da conformação política não implicaria na abnegação dos direitos individuais naturais e, outrossim, se destinaria a geri-los de modo mais eficiente. A tutela da autoridade pública estaria limitada à observância do Direito Natural<sup>46</sup>.

Especificamente no âmbito dos Direitos Reais, Locke sustentou a ideia de que a propriedade seria um direito natural, absoluto, essencialmente individual e proveniente do trabalho. O Direito Natural determinaria a preservação da propriedade privada, pois esta serviria de fundamento aos demais direitos naturais individuais, como à liberdade e à vida. Por se tratar de direito natural anterior ao

---

<sup>44</sup> MACPHERSON, C. B. *op. cit.*, p. 264

<sup>45</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 217-218.

<sup>46</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 218.

contrato social, a propriedade não seria passível de supressão ou limitações de exercício, devendo ser apenas declarada<sup>47</sup>.

Assim, fixou-se a apoteose do *modelo proprietário*, cujos efeitos dogmáticos mais candentes seriam expressos nos diplomas legais dos séculos XVIII e XIX. “(...) o domínio sobre as coisas aparece como um prolongamento do domínio sobre si próprio, o *ter* torna-se num mero acto de vontade do sujeito que se afirma como dono de uma coisa, a propriedade é um outro nome da liberdade, desse poder expansivo de afirmação subjectiva”<sup>48</sup>.

Exemplificativamente, podem ser citados a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1798), que previa a propriedade *como direito inviolável e sagrado*, e o *Code Napoléon* (1804), que estabelecia o *direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto*<sup>49</sup>.

Os aspectos centrais prevaletentes eram, sumariamente, a íntima relação entre domínio e vontade, sendo aquele um direito tendencialmente absoluto, pleno, perpétuo e essencialmente privado. *Absoluto* em razão da ausência de limites externos. *Pleno* porque encerraria todas as faculdades de ação sobre a coisa que fossem possíveis ao titular. *Perpétuo* já que as formas temporalmente limitadas eram desprestigiadas. Essencialmente *privado*, pois não conexo a direitos de carácter público<sup>50</sup>.

Finalmente, o *modelo proprietário*, individualista e voluntarista, passou, paulatinamente a nortear as elucubrações jurídicas voltadas aos demais direitos

---

<sup>47</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *op. cit.*, p. 75-76; BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 192.

<sup>48</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 84.

<sup>49</sup> Vide FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 104.

<sup>50</sup> HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 85-90.

reais, como a hipoteca, a posse e a enfiteuse. Esses acabaram sendo definidos a partir do direito de propriedade e encarados como fragmentos deste<sup>51</sup>.

Evidentemente, o prolongado processo de transição de paradigma do Direito Real, da propriedade pré-moderna à propriedade moderna, não ocorreu homogeneamente em âmbito global, ou mesmo europeu. No Brasil, o contraste entre as experiências estrangeiras e a nacional fazia com que o pensamento jurídico se defrontasse, frequentemente, com as peculiaridades da colonização portuguesa<sup>52</sup>.

## 1.2 Itinerário de Modernização do Direito Brasileiro

Os projetos de modernização do Direito brasileiro iniciaram a ser concebidos no século XIX, ainda que as modificações jurídicas fossem eventualmente tênues e arbitrárias. A princípio, havia uma característica repercussão do despotismo esclarecido e das revoluções americana e francesa<sup>53</sup>.

Primeiramente, o Brasil estava integrado ao modelo luso-atlântico de exploração colonial, fornecendo matéria prima com a utilização de mão-de-obra escrava. Por meio da intermediação portuguesa, mantinha vínculo de aliança político-econômica com o Império Britânico, que dominava o comércio no Atlântico Norte<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *op. cit.*, p. 79.

<sup>52</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 104-105.

<sup>53</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254.

<sup>54</sup> “A aliança inglesa tinha raízes antigas em Portugal, remontando mesmo à primeira dinastia. Com a ascensão dos Aviz, o tratado de Windsor (1386) consolidou as boas relações, prevendo favores comerciais recíprocos e dispondo sobre a mútua defesa. Mas é sobretudo no quadro de tensões que

Durante o século XVIII, Portugal, que era grande importador de produtos do Norte da Europa e da América do Norte, procurou manter neutralidade nas disputas entre Reino Unido e França. A ampliação da concorrência colonial havia proporcionado adversidades econômicas, fazendo com que as prioridades fossem a manutenção do domínio sobre os territórios ultramarinos e a inibição do comércio direto entre estrangeiros e colônias<sup>55</sup>.

Reformas políticas, jurídicas, administrativas, econômicas e educacionais haviam sido empreendidas durante o reinado de Dom José I (1750-1777), sobretudo com a atuação de Sebastião José de Carvalho, Marquês de Pombal, com o intuito de conciliar o absolutismo monárquico com os ideais iluministas e humanistas. Técnicas mercantilistas, como instalação de companhias de comércio e instituição de taxas e subsídios, foram utilizadas, visando facilitar o acúmulo de capital e a inclusão das oligarquias coloniais<sup>56</sup>.

A despeito de eventuais retrocessos e insucessos dessas reestruturações, principalmente no que se refere ao rearranjo da legislação civil, o contexto histórico acabou por impor atualizações. O Bloqueio Continental (1806)<sup>57</sup>, as guerras

---

se seguem à Restauração de 1640, com a prolongada guerra para manter a independência recobrada, que a presença inglesa assume a forma característica que domina no século seguinte: a troca de aliança e mesmo proteção política por vantagens comerciais crescentes". NOVAIS, Fernando A. *Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)*. 5. ed. São Paulo: HUCITEC, 1989, p. 19-20.

<sup>55</sup> NOVAIS, Fernando A. *op. cit.*, p. 23.

<sup>56</sup> Vide MAXWELL, Kenneth. The Impact of the American Revolution on Spain and Portugal and their Empires. In: GREENE, Jack P.; POLE, J. R. (Eds.). *A Companion to the American Revolution*. Malden: Blackwell, 2000, p. 534 et seq.; FRANCO, José Eduardo. O Marquês de Pombal e a Invenção do Brasil: Reformas coloniais iluministas e a protogênese da nação brasileira. *Cadernos IHU Ideias*. v. 13, n. 220, 2015, p. 3 et seq.; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *op. cit.*, p. 364 et seq.; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *op. cit.*, p. 263 et seq.; ANTUNES, Álvaro de Araujo. Pelo Rei, com Razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. a. 172, n. 452, 2011, p. 15 et seq.; MONCADA, Luís Cabral de. Um Iluminista Português do Século XVIII: Luís António Verney. *Estudos de História do Direito*. v. III. Coimbra: Atlantida, 1950.

<sup>57</sup> O Bloqueio Continental foi uma medida francesa formalizada pelo Decreto de Berlin em 21 de Novembro de 1806, aspirando a dificultar o acesso de navios ingleses aos portos da Europa Continental e, conseqüentemente, a prejudicar o comércio com os ingleses. Como Portugal tinha fortes laços com o Reino Unido, houve uma deterioração da relação entre portugueses e franceses,

napoleônicas (1803-1815) e a pressão inglesa provocaram a mudança da corte portuguesa para o Rio de Janeiro e a promulgação do *Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas* em 1808; o *Tratado de Cooperação e Amizade* em 1810, praticado com o Reino Unido, em favorecimento do comércio; e a elevação do Brasil a reino unido a Portugal e Algarves em 1815<sup>58</sup>.

As políticas de Dom João VI agradaram os brasileiros, pois consistiam em alterações em favor da liberdade negocial dos súditos e a possibilidade de uma maior participação no comércio internacional. Além disso, representavam uma atenuação dos elementos de crise do sistema colonial, premido pela ascensão da burguesia vinculada ao capitalismo industrial e o aumento da população, produção e mercado interno nas colônias, insatisfeitas com as restrições metropolitanas<sup>59</sup>.

Em contrapartida, havia crescente descontentamento entre os portugueses, que perdiam monopólios e a função de entreposto de distribuição. Ademais, além da crise comercial, não se encontravam em condições de competir com o Reino Unido na produção manufatureira e agrária, em razão das técnicas rudimentares que empregavam<sup>60</sup>.

Com a Revolução do Porto, que contou com a adesão de setores da nobreza, burguesia, clero e exército, em 1820, os portugueses demandavam o retorno da

---

que resultou na primeira invasão francesa de Portugal, em 1807. Vide OMAN, Charles. *A History of the Peninsular War*. v. I. Oxford: Clarendon, 1902, p. 26 et seq.; SCHROEDER, Paul W. *The Transformation of European Politics 1763-1848*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 307 et seq.

<sup>58</sup> Vide RINKE, Stefan. *Revolutionen in Lateinamerika: Wege in di Unabhängigkeit 1760-1830*. München: C. H. Beck, 2010, p. 264 et seq.

<sup>59</sup> “Os fundamentos do Sistema colonial tradicional estavam portanto abalados por vários tipos de pressão. No âmbito internacional, as bases da aliança burguesia comercial-Coroa, que havia dado origem ao sistema colonial tradicional, estavam minadas: de um lado, pela emergência de novos grupos burgueses relacionados com o advento do capitalismo industrial e, de outro, pela perda da funcionalidade do Estado absolutista e pelo desenvolvimento de um instrumental crítico que procurava destruir suas bases teóricas. No âmbito das colônias, o aumento da população, o incremento da produção, a ampliação do mercado interno tinham tornado cada vez mais penosas as restrições impostas pela metrópole, tanto mais que cresciam as possibilidades de participação no mercado internacional”. COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1999, p. 22.

<sup>60</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 39.

família real, almejavam conter os poderes monárquicos e retomar os privilégios comerciais sobre o Brasil. Assistia-se a uma assunção concomitante de ideias liberais e anseios coloniais<sup>61</sup>.

A ambiguidade do movimento fez com que localidades no Brasil se engajassem em seu apoio. Esse fato perturbava a unidade nacional e a integridade territorial, pois as provinciais não se mantinham vinculadas entre si e, eventualmente, aproximavam-se de Portugal<sup>62</sup>. A economia voltada à exportação, o mercado interno ainda reduzido e a falta de integração entre as regiões não possibilitavam avanços nacionalistas, circunscrevendo-os ao sentimento contra Portugal<sup>63</sup>.

As notícias da Revolução do Porto acarretaram em um assentamento das ideias políticas liberais no Brasil, introduzidas, sobretudo, após a vinda da família real. Havia um liberalismo exaltado, ainda associado ao republicanismo clássico e ao contrato social, e sob a influência dos desdobramentos espanhóis de Cádiz, cuja Constituição fora promulgada em 1812, e, reflexamente, do discurso revolucionário francês de 1789<sup>64</sup>.

O liberal era geralmente apresentado como aquele que queria tanto “o bem de sua pátria” quanto “a liberdade”; que “ama o monarca, respeita-o, quando é respeitável, amaldiçoa-o quando é indigno e

<sup>61</sup> PAQUETTE, Gabriel. *Imperial Portugal in the Age of Atlantic Revolutions: The Luso-Brazilian World 1770-1850*. Cambridge: Cambridge University, 2013, p. 108 et seq.; EDMUNDSON, George. Brazil and Portugal. In: ACTON, J. E. E. D.; WARD, A. W. et al. *The Cambridge Modern History*. v. X. Cambridge: Cambridge University, 1902, p. 312 et seq.

<sup>62</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 255.

<sup>63</sup> “Ainda às vésperas da Independência eram mais fortes os laços das várias províncias com a Europa do que entre si. Faltavam as condições que na Europa levavam a uma maior integração nacional. Eis por que todos os movimentos revolucionários anteriores à Independência sempre tiveram caráter local, irradiando-se, quando muito, às regiões mais próximas, jamais assumindo caráter mais amplo. (...) Explicam-se assim os receios de um dos principais líderes da Independência, José Bonifácio, de que, à semelhança do que sucedera em outras regiões da América, a colônia portuguesa viesse a se fragmentar em várias províncias”. COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>64</sup> CYRIL LYNCH, Christian Edward. O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850). *Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. v. 9, n. 17, 2007, p. 219. Vide FELONIUK, Wagner Silveira. *A Constituição de Cádiz*. Porto Alegre: DM, 2014, p. 13 et seq.; e BARRETO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. ¡Viva la Pepal!: A história não contada da Constitución Española de 1812 em terras brasileiras. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. a. 172, n. 452, 2011, p. 201 et seq.

tirano, e prefere a morte a um jugo insuportável”. Já o “liberalismo” ou a “liberalidade de idéias”, por sua vez, era “a justiça mais pura e mais elevada aplicada a nossas ações e, portanto, a fonte de todas as nossas virtudes”. Ao liberalismo era também atribuída a capacidade milagrosa de resolver todos os males que afligiam portugueses dos dois lados do Atlântico: visto que o regime liberal tinha “a virtude d’Arca Noemítica, hão de habitar à sua sombra diversos caracteres, e todos em perfeita paz”, concluía-se naturalmente que “uma nação (...) com um governo constitucional, ativo, vigilante e enérgico, será certamente uma potência de grande respeito, e consideração política, e terá um lugar distinto entre as Nações de primeira ordem”<sup>65</sup>.

O liberalismo brasileiro, entretanto, correspondia a suas peculiaridades locais, apresentando restrições sensíveis. Empecilhos materiais e intelectuais, como as dificuldades de comunicação, analfabetismo e marginalização políticas, impediam a difusão considerável dessas ideias, tornando-as acessíveis somente a uma reduzida elite.

Enquanto na Europa as ideias liberais eram acolhidas pela burguesia em detrimento dos privilégios da nobreza, do poder real sobrepujante e dos entraves econômicos, no Brasil foram admitidas pela elite rural que se limitava a almejar a liberdade negocial e autonomia administrativa. Aspirava-se, majoritariamente, à manutenção do modelo de propriedade agrícola latifundiária, da escravidão e outras prerrogativas e regalias<sup>66</sup>.

Os princípios liberais não se forjaram, no Brasil, na luta da burguesia contra os privilégios da aristocracia e realza. Foram importados da Europa. Não existia no Brasil da época uma burguesia dinâmica e ativa que pudesse servir de suporte a essas idéias. Os adeptos das ideias liberais pertenciam às categorias rurais e sua clientela. As camadas senhoriais empenhadas em conquistar e garantir a liberdade de comércio e a autonomia administrativa e judiciária não estavam, no entanto, dispostas a renunciar ao latifúndio ou à propriedade escrava. A escravidão constituiria o limite do liberalismo no Brasil<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> CYRIL LYNCH, Christian Edward. *op. cit.*, 2007, p. 219-220.

<sup>66</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 30.

<sup>67</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 30.

Formas de governo mais democráticas, mobilizações de intuito popular e manifestações em defesa da soberania do povo, igualdade e liberdade como direitos incondicionais e inalienáveis era, prevalentemente, rechaçados e evitados pela elite brasileira. Encara-se com apreço a perspectiva de obtenção da Independência com auxílio do príncipe regente, pois haveria uma tendência de manutenção do *status quo*<sup>68</sup>.

Além disso, o liberalismo no Brasil se diferenciava por sua harmonização com a religião e a participação de clérigos. Sacerdotes eram acusados de pregar ideias liberais, colaborar com grupos rebeldes e frequentar lojas maçônicas, práticas favorecidas, dentre outros fatores, em razão de sua submissão à Coroa, de acordo com o Padroado português<sup>69</sup>.

O embate entre os interesses portugueses e brasileiros, que passaram a ser representados politicamente por deputados eleitos, acelerou o processo de Independência, concluído em 1822. Naquele momento, eram entendidas como exitosas as revoluções americana (1776) e francesa (1789)<sup>70</sup>.

O modelo americano era caracterizado pela forma de governo republicana, pelo federalismo e por instituir garantias individuais, incorporando diversas declarações de direitos fundamentais, como o *Virginia Bill of Rights* (1776). Apregoava um arquétipo de autonomia pessoal e local<sup>71</sup>.

Na França, alternavam-se a República e a Monarquia com momentos de violenta instabilidade. Na América, prevalecia o modelo republicano, seguido pela vizinha Argentina, que apresentava fragilidades e conturbada relação entre a capital

<sup>68</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 31.

<sup>69</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>70</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 259.

<sup>71</sup> Vide MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15 et seq.

e as províncias, além de representar certa rivalidade e potencial conflito em questões envolvendo a região do Rio da Prata<sup>72</sup>.

O Brasil elaborou uma formulação político-administrativa relativamente própria, inspirada em teorias políticas contemporâneas. Reconheceram-se os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, conforme a proposta do pensador francês Benjamin Constant (1767-1830). Este último se destinaria a evitar conflitos entre os demais poderes, evitando debilidades e assegurando direitos civis e individuais<sup>73</sup>.

Assegurar a Independência foi um dos fatores determinantes para a preservação da unidade territorial. O país se encontrava bastante desagregado e detinha dados econômicos e sociais heterogêneos, mas precisava fazer frente aos anseios recolonizadores portugueses, que buscavam aproveitar-se da vulnerável coesão entre as provinciais<sup>74</sup>.

Conforme expôs Euclides da Cunha, a integração nacional não provinha do suporte de bases fáticas, mas da artificialidade e da abstração:

Somos o unico cazo historico de uma nacionalidade feita por uma teoria política. Vimos, de um salto, da homojencidade da colonia para o rejimen constitucional: dos alvarás para as leis. E ao entrarmos de umprovizo na orbita dos nossos destinos, fizemol-o com um único

---

<sup>72</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 259. Vide LÓPEZ, Vicente F. *Historia de la República Argentina*. Tomo IV. Buenos Aires: La Facultad, 1911, principalmente p. 98 et seq.

<sup>73</sup> CYRIL LYNCH, Christian Edward. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. a. 47, n. 188, 2010, p. 93. Vide VASCONCELLOS, Z. de Góes. *Da Natureza do Poder Moderador*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1862.

<sup>74</sup> Bahia e Pará são exemplos de províncias que se mantiveram fiéis a Portugal até 1823, submetendo-se ao domínio do Príncipe Regente somente por meio de conflitos bélicos. “A unidade territorial seria, no entanto, mantida depois da Independência, menos em virtude de um forte ideal nacionalista e mais pela necessidade de manter o território íntegro, a fim de assegurar a sobrevivência e consolidação da Independência”. COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 33.

equilíbrio possível naquela quadra: equilíbrio dinâmico entre as aspirações populares e as tradições dinásticas<sup>75</sup>.

Além da organização do Estado, o Brasil precisava criar uma identidade nacional e Direito próprio. Havia, contudo, alguns entraves que dificultavam o seu avanço. Inexistiam discussões políticas públicas, abrangentes e profundas, e partidos políticos democraticamente organizados.

Os debates eram realizados, em sua maioria, em grupos fechados e secretos, dentre os quais a maçonaria. Por essa razão, havia um “reformismo elitista, que apesar de anticlerical seria compatível com um reformismo progressista, ilustrado, nacionalista e católico, porque, ao fim e ao cabo, paternalista para com alguns e excludente para com os não iniciados”<sup>76</sup>.

Os anseios da elite foram expostos em manifesto de 1º de agosto de 1822. Além de conter diversas queixas e recriminações contra as Cortes portuguesas, o texto continha propostas liberais, como atenção às peculiaridades locais e alterações legislativas, fiscais, educacionais e da administração judicial<sup>77</sup>. Explica Emilia Viotti da Costa que:

(...) o manifesto estabelecia um programa liberal que prometia uma legislação adequada às circunstâncias locais; juizes honestos que acabassem com as maquinações das Cortes de justiça portuguesas; um código penal ditado pela ‘razão e humanidade’ que substituísse as ‘atuais leis sanguinosas (sic) e absurdas’; e um sistema fiscal que respeitasse ‘os suores da agricultura’, ‘os trabalhos da indústria’, os ‘perigos da navegação e a liberdade de comércio’ e facilitasse ‘o emprego e a circulação de cabedais’. Para os que cultivavam as

---

<sup>75</sup> CUNHA, Euclides da. *Á Marjem da Historia*. 3. ed. Parte III, Esboço de História Política: da Independência á Republica. Porto: Chardron, Lelo & Irmão, 1922, p. 237.

<sup>76</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 256.

<sup>77</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 137-138.

ciências e as letras, 'aborrecidos ou desprezados pelo despotismo', instigador da hipocrisia e falsidade, prometia honras e glórias, e uma 'educação liberal' para os cidadãos de todas as classes.

D. Pedro I, no entanto, não agradou as elites e as divergências gradativamente se agravaram. O desentendimento iniciara já nas reuniões da Assembleia Constituinte, posteriormente dissolvida, pois os liberais pretendiam limitar o poder real, ampliando as atribuições do legislativo, instituir o princípio da responsabilidade ministerial e limitar o direito de veto e iniciativa legislativa do imperador, permitindo certa vigilância sobre o poder executivo<sup>78</sup>.

O processo de Independência se consolidou somente em 1831, com abdicação de D. Pedro I, que não havia atendido aos anseios oposicionistas. Seu afastamento abrandou a apreensão de uma nova união com Portugal. Nesse período, a soberania brasileira era internacionalmente reconhecida e se desenvolvia uma atividade legislativa autônoma<sup>79</sup>.

A centralização monárquica viabilizou certa estabilidade, ainda que tenham existido conflitos, rebeliões e movimentos de secessão, sobre tudo durante a regência (1831-1840). A continuidade muitas vezes retardou as reformas que eram demandadas e se traduziam, na esfera jurídica, em desavenças quanto à organização judicial e processual, às restrições ao poder moderador, a alterações da estrutura de mão de obra escrava, ao arranjo da propriedade privada e à demarcação de terras, e à definição da religião oficial de Estado<sup>80</sup>.

A *Constituição Política do Império do Brazil*, outorgada em 1824, a despeito de tendências antidemocráticas e oligárquicas, inaugurara um movimento de

---

<sup>78</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 138-139.

<sup>79</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 256.

<sup>80</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 257-258.

modernização do Direito nacional, adotando vários direitos individuais previstos em declarações do século XVIII<sup>81</sup>. Entretanto, a atividade legislativa ainda necessitava conferir aparatos legais e institucionais ao país<sup>82</sup>.

Os juristas que se incumbiram dessa tarefa integravam um conjunto de letrados cuja instrução fora completada no exterior, primordialmente em Coimbra<sup>83</sup>. Embora, sua formação abstrata, ainda pautada pelo absolutismo português, alienasse-os, eventualmente, do ambiente nacional, sua atuação foi primordial para articular a sua conservação.

Nas décadas posteriores à Independência, em função do tipo de educação superior, dos valores e idéias que incorporavam, a camada profissional dos juizes se constituirá num dos setores essenciais da unidade e num dos pilares para construção da organização política nacional. O que distingue a magistratura de todas as outras ocupações está no fato de que ela representava e desenvolvia formas de ação rígidas, hierarquizadas e disciplinadas que melhor revelavam o tipo de padrão que favorecia práticas burocráticas para o exercício do poder público e para o fortalecimento do Estado. (...) De herdados de Portugal é o que organização profissional com estrutura e coesão internas superiores a todos os outros segmentos que lhes legitimava como força para a negociação. Tratava-se de uma elite “treinada nas tradições do mercantilismo e absolutismo portugueses”, unida ideologicamente por valores, crenças e práticas que em nada se identificava à cultura da população do país. Entretanto, por sua educação e orientação estavam preparados a exercer um papel de relevância nas tarefas de governo. Daí que, sua homogeneidade social e ocupação, marcada por um sentido mais ou menos político, projetava-os não só como os primeiros funcionários modernos do Estado nascente, mas, sobretudo, como os principais agentes de articulação da unidade e consolidação nacional<sup>84</sup>.

Dentre os principais diplomas legislativos elaborados, citam-se o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832. Posteriormente, em um contexto em que havia uma maior participação de juristas educados em cursos de

<sup>81</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 141-142.

<sup>82</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 258.

<sup>83</sup> Os cursos de Direito foram implementados no Brasil em 1827 e iniciados em 1828, nas cidades de São Paulo e Olinda. Posteriormente, em 1854, o curso de Olinda foi transferido para Recife. Vide CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 74.

<sup>84</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *A Magistratura Brasileira no Século XIX. Sequência*. v. 18, n. 35, 1997, p. 25-26.

Direito nacionais, em 1850, foram redigidos o Código Comercial, o Regulamento 737 de 1850, que continha disposições processuais civis, e a Lei de Terras (Lei 601). Em 1843, criou-se o Registro Geral de Hipotecas, por meio da Lei Orçamentária 317.

## 2 A FORMAÇÃO DO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO

A hipoteca consiste em um direito real de garantia sobre bem imóvel de titularidade de terceiro. Por sua intensa vinculação com outros direitos reais, mormente a propriedade, o estudo histórico do Direito hipotecário brasileiro demanda a análise conjunta de elementos da detenção de bens imóveis, registros públicos e política de terras<sup>85</sup>.

A modernização dos Direitos Reais no Brasil, conforme anteriormente explanado, iniciou a ser concebida no século XIX, principalmente em sua segunda metade. Anteriormente, prevaleciam discernimentos pré-modernos, provenientes da combinação das noções europeias e a realidade local. O Direito português, a partir do século XVI, condicionou a circulação de ideias jurídicas nos territórios conquistados na América. Mesclavam-se concepções feudais e mercantis na disciplina das situações reais.

Após a “conquista” das terras brasileiras, a partir da chegada do navegador Pedro Álvares Cabral em 1500, iniciou-se uma empresa colonial que resultava de uma aliança entre a burguesia mercantil, a coroa e a nobreza portuguesas. A política de terras que daí adveio incorporava um misto de concepções feudais e mercantis, uma vez que o trato jurídico dado às terras em Portugal à época era essencialmente medieval<sup>86</sup>.

A propriedade fundiária tinha uma importância singular para a sociedade brasileira. A agricultura era a principal atividade econômica desempenhada, vinculada ao capitalismo de exportação e à utilização de mão-de-obra inicialmente escrava. Os grandes proprietários gozavam de amplo prestígio político e, em razão

---

<sup>85</sup> Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. v. IV. Revisão e atualização de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 308 et seq. (versão digital); GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. Revisão e atualização de Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 381 et seq.

<sup>86</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, 2005, p. 105.

da inexistência da oposição de outros agentes sociais, desfrutavam de vantagens excessivas<sup>87</sup>.

A classificação jurídica da propriedade de terras no Brasil pode ser divisada de acordo com três períodos distintos. Inicialmente, existia o regime das sesmarias, que vigorou de 1500 a 1822, segundo o qual os capitães ou governadores efetuavam doações de porções de terra. A partir de 1822, quando a Resolução 76, de 17 de julho, suspendeu a concessão de sesmarias, persistiu o modelo de propriedade baseado na posse. Por fim, em 18 de setembro de 1850, a Lei 601, denominada *Lei de Terras*, inaugurou um novo sistema, complementado pela Lei 1.237, *Lei Geral de Hipotecas*, de 24 de setembro de 1864, modificação da Lei 317 de 1843, e pelo Código Civil de 1916, alterando as normas referentes aos serviços de registros públicos, e instituindo e consolidando o princípio da transferência da propriedade pela transcrição<sup>88</sup>.

O regime das sesmarias foi instituído pela Lei de 26 de junho de 1375, durante o reinado de D. Fernando I, como tentativa de reocupar as zonas rurais, despovoadas em decorrência da crise demográfica provocada pela peste negra, entre os anos de 1348 e 1350<sup>89</sup>. As terras não cultivadas seriam redistribuídas a quem quisesse ou pudesse ocupá-las<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> “A sociedade brasileira começa a formar-se sobre a base essencialmente agrária. Na origem de nosso sistema jurídico encontramos primeiramente a união entre propriedade fundiária e poder político. Em segundo lugar, uma atividade agrícola de exportação, inserida na formação do capitalismo moderno. Em terceiro lugar, a exploração da mão-de-obra escrava num período em que na Europa ocidental o regime de servidão era praticamente extinto. Finalmente, em razão da falta de qualquer contrapoder ou controle, o exercício de poderes arbitrários, exclusivos e individualistas por parte dos grandes proprietários”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 331.

<sup>88</sup> MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 11. ed. Colaboração de Carol Regina Silva Marques. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22 et seq.

<sup>89</sup> “As disposições principais da Lei das Sesmarias eram as seguintes: I – Todos os senhores de bens prediais, aptos para sementeiras de pão, são obrigados a cultivá-los, por sua conta, ou a transmiti-los por enfiteuse ou arrendamento a lavradores que os cultivem, mediante o pagamento de uma pensão, que entre si ajustem, ou que, na falta de acordo, lhes seja arbitrada pela justiça ou por louvados. II – No caso dos proprietários resistirem ao cumprimento da lei, as justiças locais devem-lhes tirar as terras incultas e entregá-las a quem as queira cultivar, pela renda e pelo tempo ajustado entre cultivador e a justiça, sem que o proprietário possa reclamar a entrega do prédio, enquanto não finde o tempo do arrendamento. O produto da renda era aplicado para o bem comum do concelho, mas, as municipalidades não podiam empregar a importância dessas rendas, sem ordem expressa do governo. III – Em todas as cidades e vilas, havia de ser criada uma comissão ou junta, composta de

Posteriormente, esta disciplina da propriedade foi incorporada às Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 81, de 1446; às Ordenações Manuelinas, de 1521; e às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 43, de 1603. Sua aplicação no Brasil, entretanto, foi diferenciada e distorcida, utilizada como instrumento de incentivo à ocupação, à exploração e à demarcação fronteiriça do território<sup>91</sup>.

As circunstâncias coloniais eram diversas da metrópole. Enquanto nesta as sesmarias visavam a reparar a distorção entre habitantes e terras e fomentar a produção agrícola, naquela acabaram resultando na sua concentração por parte da nobreza e grandes lavradores, que assumiam porções de terra muita extensas e não as cultivavam. Em que pese houvesse restrições, não era incomum que mais de uma sesmaria fosse assumida pela mesma pessoa ou que fossem sequer habitadas, o que contribuiu para extinção de seu regime<sup>92</sup>.

Sesmarias eram, pois, doações de terra cujo domínio eminente pertenceria à Coroa. A mesma política de fomento observava-se na ordem de ceder ferramentas a quem viesse ao Brasil (alvará de 1516). O regimento de Martim Afonso de Sousa (novembro de 1530) autorizava-o a dar glebas de terra para cultivo e criação. Não se

---

'dois homens bons dos melhores cidadãos', constituídos em autoridade para inspecionar as terras capazes de dar pão e obrigar os donos a cultiva-las pelo modo já dito; mas, si os vogais desta junta não concordassem sobre a pensão que o inquilino deveria pagar, cumpriria ao juiz da localidade a nomeação de um terceiro louvado para desempate". LIMA, Ruy Cirne. *Sesmarias e Terras Devolutas*. Porto Alegre: Thurmman, 1931, p. 6-7.

<sup>90</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 332.

<sup>91</sup> Vide GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. *O Regramento Jurídico das Sesmarias: o cultivo como fundamento normativo do regime sesmarial do Brasil*. São Paulo: Leud, 2014, p. 47 et seq.; PORTO, J. da Costa. *Sistema Sesmarial no Brasil. Encontros da UnB*. Brasília: Universidade de Brasília, 1978; FARIA, Sheila de Castro. *Sesmarias*. In: VAINFAS, Ronaldo (Org.). *Dicionário do Brasil Colonial (1500-1808)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 529 et seq.

<sup>92</sup> "Realmente, embora quanto ao direito privado não sucedesse tal, na esfera do direito publico, ao qual a materia estava subordinada, fôra-nos, desde logo, imposto um regime de exceção odiosa, que culminava pelo feitio feudal das próprias capitánias doadas; não seguimos, assim, o direito das Ordenações. Aqui, portanto, a instituição estava, naturalmente, destinada a desaparecer. Ao demais as condições de nossa vida colonial, sobretudo nessa parte, deferencavam-nos profundamente da metrópole. A desproporção existente entre os habitantes e a terra, cujos efeitos a instituição das sesmarias tentava corrigir, - pequena no velho reino europeu, aqui assumia caráter verdadeiramente descomunal. Ao primeiro embate, pois, as imposições do meio aniquilaram a estrutura do instituto que, já virtualmente desfeita, nenhuma resistencia poderia oferecer. Daí, os abusos de governantes e governados, lavrando impunemente, multiplicando-se sem reservas: - de uma parte, estavam as concessões de cinquenta, trinta e vinte léguas, feitas pelos governadores; de outra, a ocupação de terras virgens pelos povoadores que, no arado e na enxada, entendiam possuir instrumentos de dominio. Estava, por conseguinte, decidida a sorte da instituição". LIMA, Ruy Cirne. *op. cit.*, p. 20-21.

tratava, como no caso do território de Portugal, de retomar terras que haviam antes pertencido a outros súditos, mas de simplesmente dar terras recém-descobertas. As sesmarias eram perfeitamente compatíveis com o regime das capitanias hereditárias, ou donatárias, que por sua vez eram vastíssimos latifúndios em que os capitães eram particulares com poderes de jurisdição e administração, recebendo uma renda na forma de tributos (redízimas). Aplicado ao Brasil, o regime das sesmarias (como dadas de terra) significou que se davam extensões enormes aos homens que não as podiam lavar. A despeito das proibições (cada um deveria receber apenas uma dada) somavam-se umas às outras, e alguns recebiam mais de uma sesmaria e não as habitavam. A isto, acrescenta-se a doação de várias sesmarias a diferentes membros de uma mesma família (...). Os beneficiários recebiam mais de uma sesmaria e, naturalmente, não as habitavam, ocupavam ou lavravam todas<sup>93</sup>.

De fato, a legislação portuguesa, paulatinamente, estabeleceu condicionantes e proibições às concessões de sesmarias. No entanto, a ausência de recursos materiais e humanos impossibilitava sua efetividade. A Carta Régia de 27 de dezembro de 1695 determinava o limite territorial das sesmarias em 4 léguas de comprimento, posteriormente reduzidos para 3 léguas, por uma légua de largura. A Carta Régia de 4 de novembro de 1698 impunha a confirmação da doação pela Coroa. A Carta Régia de 3 de março de 1704 exigia a demarcação judicial. O Decreto de 20 de outubro de 1753 proibia a confirmação sem a demarcação<sup>94</sup>.

A Lei das Sesmarias, Alvará de 5 de outubro de 1795, continuou a elencar diversas ressalvas. Proibiu-se a concessão de sesmarias a quem já detivesse outra, a quem fosse estrangeiro e a sucessão por ordens religiosas. Instituíram-se os registros de áreas rurais em Juntas de Fazenda e de áreas urbanas em Câmaras Municipais. Ademais, limitou-se a extensão das áreas concedidas e exigiram-se a medição e a demarcação, respectivamente, em até um ano e dois anos após a concessão. Todavia, essas normas não foram implementadas e sua eficácia foi suspensa pelo Decreto de 10 de dezembro de 1796<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 332-333.

<sup>94</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 334.

<sup>95</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 334-335.

As sesmarias não se apresentavam como um modelo eficiente para organização e lucratividade da produção no Brasil. Por isso, a suspensão de sua concessão e, conseqüentemente, sua extinção do ordenamento jurídico foi determinada pelo Príncipe Regente em Resolução de Consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de junho de 1822.

Na ausência de um sistema que disciplinasse a propriedade, a simples posse substituiu as sesmarias. O título representativo do domínio não mais antecedia à posse. Primeiro possuía-se a terra para, posteriormente, almejar-se a conquista do título correspondente.

Ainda que inexistisse uma disposição ordenada da propriedade, a *Constituição Política do Império do Brazil*, Carta de Lei de 25 de março de 1824, prenunciou reformas de modernização das circunstâncias de apropriação. Tendo em conta a tradição liberal da época, na senda das declarações americana e francesa e ainda o que preconizava o *Code Napoléon*, o artigo 179 da Constituição do Império previa “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”, e garantia, no inciso XXII, “o direito de propriedade em toda sua plenitude”.

Expressava-se, então, uma contradição incontornável entre a abstração jurídica e a expressão fática do Direito. O pensamento iluminista e liberal, que apresentava o protótipo do sujeito livre e proprietário, formalmente presente, na verdade coexistia com as práticas jurídicas de origem medieval e trabalho escravo, denotando a tendência de adaptação local do pensamento europeu<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, 2005, p. 107.

## 2.1 Primórdios da Hipoteca no Brasil

Enquanto o instituto jurídico da propriedade passava por alterações e encontrava-se carente de uma legislação mais específica, a disciplina representativa da hipoteca permaneceu expressa nas Ordenações Filipinas de 1603 e na legislação portuguesa esparsa, mesmo após a Independência. A *Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil* decretara, por meio da Lei de 20 de outubro de 1823, a aplicação das Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas em Portugal até o dia 25 de abril de 1821<sup>97</sup>.

A história do Direito hipotecário brasileiro iniciou em Portugal. O direito português regia a matéria de acordo com a tradição continental, sob a influência do Direito romano, e não previa a necessidade de qualquer forma de registro ou especificação do bem sobre o qual recairia<sup>98</sup>. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3º apenas conferiam ao credor a possibilidade de requerer o pagamento da dívida ou a entrega do bem a terceiro deste possuidor:

---

<sup>97</sup> BRASIL. *Lei de 20 de outubro de 1823*. Art. 1º. *As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.*

<sup>98</sup> “A noção de hipoteca recebeu, de certo, no Direito Romano, pleno e completo desenvolvimento no que diz respeito ao estudo dos princípios, aos seus corolários e variadas aplicações. Mas faltavam ao regime hipotecário daquele Direito os requisitos que são como que as condições de que carece a hipoteca para que possa desembaraçadamente preencher a missão que lhe compete – de oferecer garantia segura e certa à dívida, e fortificar o crédito territorial. Estes requisitos são a *publicidade* e a *especialidade*. No sistema romano se admitiam as hipotecas gerais de bens presentes e futuros. Geral ou especial, a hipoteca se conservava oculta. Era complicada e inextricável a matéria das preferências. Um tal sistema deixava o credor exposto às maquinações da fraude e entregue a todas as contingências da incerteza. O antigo Direito português herdara o sistema romano, e no decurso de séculos apenas lhe fizera modificações acidentais”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. v. II. Ed. fac-similar. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 48-49. Sobre a evolução do Direito Romano no que se refere à hipoteca vide KASER, Max. *op. cit.*, p. 388 et seq.; JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *op. cit.*, p. 155 et seq.; BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1956, p. 418 et seq.

Se o devedor, que obrigou alguma sua cousa ao seu credor, a vender a outrem, ou a alhear per qualquer outra maneira, e a passar a seu poder, passará a cousa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a divida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita cousa, para haver per ella pagamento de sua divida; demandando porém o credor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens e de seu fiador (se tiver dado) execução, como se per Direito deve fazer.

1. Esta demanda lhe poderá fazer até dez annos cumpridos, se ambos, credor e possuidor, eram moradores em huma Comarca. E sendo ambos moradores em desvairadas Comarcas, então lhe poderá ser feita a demanda até vinte annos acabados. Os quaes dez annos e vinte se contarão do primeiro dia, que a cousa foi a poder do possuidor com título e boa fé. E vindo a cousa obrigada a poder do possuidor sem título algum, poder-lhe-ha a demanda ser feita pelo credor até trinta annos cumpridos, contados pelo modo sobredito. E se a cousa obrigada sempre fôr em poder do devedor, ou de seu herdeiro, ou de algum outro credor, a que depois fosse apenhada, possuindo-a por virtude do dito apanhamento, nestes casos podera ser feita a demanda até vinte annos entre os presentes, e quarenta entre os absentes, contados do dia, que a obrigação fôr feita, em diante; salvo se constar da má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever<sup>99</sup>.

A legislação portuguesa exigiu a inscrição da hipoteca em registro público por meio do Decreto de 26 de outubro de 1836, artigos 4º, 6 e 7º, o qual não foi absorvido pela legislação brasileira. Embora tivesse o intuito de organizar o instituto jurídico da hipoteca em Portugal, o referido Decreto mantinha as características de confusão, presentes em diplomas legais anteriores<sup>100</sup>.

Inicialmente, no Medievo, o Direito português aprimorou a transição da hipoteca da coisa para a hipoteca do valor do bem, possibilitando ao credor “vender

<sup>99</sup> ALMEIDA, Candido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 781.

<sup>100</sup> O Decreto de 26 de outubro de 1836 seria *tão confuso e ininteligível* que Coelho da Rocha questiona sua efetividade: “O *Decr.* De 26 de Out. de 1836 sobre o registro das hypothecas é tão confuso e ininteligível, que talvez nós acertaríamos em abandonar esta doutrina, até que fosse legislada em fórmula que se entendesse. (...) Como para nós os logares da lei ininteligíveis, ou contadictorios, são o mesmo que se não existissem, fácil é descobrir o motivo, porque a cada passo suprimos esta doutrina com a do *Cod. Civ. Fr.* aonde accreditamos, que o nosso legislador a iria beber; e ainda com a do *Cod. Da Sard.* onde se encontram já providenciadas algumas especies, que escaparam ao legislador Francez”. ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Portuguez*. 4. ed. Tomo II. Coimbra: J. Augusto Orcel, 1857, p. 507.

o bem gravado, no geral judicialmente, devendo devolver a quantia que excedesse o crédito, que se denominava de *hyperocha*<sup>101</sup>.

Nesse período, persistiam soluções jurídicas drásticas na hipótese de insolvência do devedor e problemas sensíveis em torno da preferência e dos privilégios no concurso de credores.

O inadimplemento da obrigação dava azo à execução patrimonial do devedor solvente e à execução pessoal do devedor insolvente, conforme dispunha o Código Visigótico, do século VII, posteriormente incorporado ao *Fuero Real de Afonso IX*, ao *Fuero Real de Afonso X* e ao Direito consuetudinário lusitano, citando-se os *Conselhos* portugueses do século XIII. Desse modo, a insolvência do devedor poderia ocasionar sua prisão ou redução à condição de escravo<sup>102</sup>.

Visando a evitar a confusão entre credores, que persistia ainda com a aplicação da regra *prior in tempore, potior in iure*, que privilegiava o critério temporal, a legislação portuguesa implementou diversas reformas legislativas do processo de execução, no que diz respeito ao concurso e aos privilégios de credores e à penhora.

Nesse sentido, as Ordenações Afonsinas estabeleceram normas proibitórias da autotutela. As Ordenações Manuelinas aperfeiçoaram a regulamentação dos pregões, restringiram as hipóteses de impenhorabilidade relativa e introduziram os

---

<sup>101</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. Hipoteca no Direito Comparado. In: FRADERA, Vera M. J. (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

<sup>102</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 305; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da Penhora*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 70; BUZAID, Alfredo. *Do Concurso de Credores no Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 100-108.

embargos de terceiro. Por fim, as Ordenações Filipinas consolidaram as anteriores e burilaram sua linguagem jurídica<sup>103</sup>.

Essas modificações legislativas, entretanto, não impediram a permanência de certos inconvenientes e confusão no concurso de credores. Isso ocorria porque existiam, concomitantemente, diferentes formas de concurso, baseadas ora no grau de preferência do crédito, ora na ordem de penhoras<sup>104</sup>.

A complexidade do concurso de credores instituído pelas Ordenações Filipinas acabou ensejando a edições de outras normas, que aspiravam a redimir sua obscuridade. A Carta Lei de 22 de dezembro de 1761, exemplificativamente, concretizou a preferência do crédito hipotecário e do crédito fiscal frente aos demais. Aquele era preferido apenas pelas hipotecas especiais, previamente constituídas por escritura pública e por sentenças anteriormente redigidas em face do devedor, com conhecimento de causa ou fundadas em confissão<sup>105</sup>.

A Lei de 20 de junho de 1774, editada no contexto da reforma pombalina, também definiu uma série de regras quanto às preferências no concurso de credores<sup>106</sup>. Em geral, havia a preferência dos créditos hipotecários sobre os quirografários, entretanto, foram previstos credores privilegiados, cuja preferência se

---

<sup>103</sup> Vide SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias Imobiliárias em Contratos Empresariais*: hipoteca e alienação fiduciária. São Paulo: Almedina, 2014, p. 59 et seq. (versão digital).

<sup>104</sup> BUZAID, Alfredo. *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>105</sup> A legislação portuguesa evoluiu no sentido de ampliar a graduação de credores, sendo divisadas, posteriormente, cinco classes distintas: dos credores em razão do domínio; dos privilegiados; dos hipotecários; dos quirografários e dos de ratio. Vide FRAGA, Affonso. *Direitos Reais de Garantia*. Penhor, Antichrese e Hypoteca. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 455 et seq.; ROCHA, M. A. Coelho da. *op. cit.*, p. 514-115.

<sup>106</sup> Clóvis Beviláqua expôs a resiliência da desordem do concurso de credores, mesmo após a edição da Lei de 20 de junho de 1774: “A lei de 20 de Junho de 1774, tendo por fim *extinguir a confusão dos concursos no fôro e fixar a jurisprudência sobre as preferencias dos credores*, segundo o depoimento do civilista portuez citado (*Coelho da Rocha*), ‘muito longe de conseguir o fim que se propoz, veio, talvez, aumentar a confusão’”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. v. II. Obra fac-similar. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 133.

estendia aos créditos hipotecários. Desse modo, existiam três classes de credores em ordem de preferência: os privilegiados, os hipotecários e os quirografários<sup>107</sup>.

Perdurava, ainda, a possibilidade de prisão do devedor insolvente, cujas restrições de liberdade permaneceriam até o pagamento do débito. Essa modalidade de prisão foi limitada somente por meio do Alvará de 18 de agosto de 1774, que a abolia nos casos de devedores que não fossem de má-fé<sup>108</sup>.

Evidentemente, incorporava-se ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei de 20 de outubro de 1823, uma legislação de aplicação intensamente conturbada, o que incitou o Parlamento brasileiro a debater normas específicas sobre a hipoteca. Primordialmente, almejava-se uma reforma ampla do Direito Civil.

A *Constituição Política do Império do Brasil*, Carta de Lei de 25 de março de 1824, artigo 179, XVIII, determinava a organização, *o quanto antes*, de um Código Civil e Criminal, *fundados nas sólidas bases da justiça e equidade*<sup>109</sup>. Todavia, o Direito Civil nacional não progrediu com a mesma celeridade do Direito Penal, e, especificamente no âmbito dos direitos reais, as principais normas foram editadas paulatinamente ao longo da segunda metade do século XIX e início do século XX.

Após a Independência, em 1822, as autoridades políticas pretendiam tornar a atividade agrícola mais competitiva, produtiva e lucrativa, razão pela qual, cada vez mais, discutiam-se mecanismo de dinamização do crédito e para assegurar uma maior segurança jurídica da hipoteca. Dentre as técnicas jurídicas propostas estava a fixação do princípio da publicidade.

---

<sup>107</sup> BUZAID, Alfredo. *op. cit.*, p. 133.

<sup>108</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *op. cit.*, p. 306.

<sup>109</sup> Vide comentário de MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 66 et seq.

De há muito os interesses agrícolas, da maior transcendência em um país como o nosso, instavam com energia por uma reforma que, organizando a hipoteca sobre a larga base da publicidade, assegurasse ao crédito territorial a força e a expansão de que é capaz<sup>110</sup>.

Nesta época, o Brasil contava com aproximadamente cinco milhões de habitantes, incluindo-se cerca de oitocentos mil índios. Entre quarenta e quarenta e cinco por cento da população habitava a região nordeste. No mínimo, trinta por cento eram escravos e menos de um terço eram brancos. A grande maioria era formada por negros e mulatos<sup>111</sup>.

Ao contrário do que ocorrera em outros países da América, a Independência não ocasionou intensas rupturas políticas e institucionais, mas possibilitou estabilidade e transições graduais. Mesmo os efeitos da abolição da escravidão, que alterou sensivelmente a estrutura econômica da mão-de-obra, manifestaram-se progressivamente<sup>112</sup>.

As condições externas favoreciam a exportação de commodities, oportunidade desfrutada pela ampliação da fronteira agrícola, realizada após a extinção das sesmarias em 1822. Ainda que não houvesse disciplina específica da propriedade, a simples posse possibilitava facilidades na aquisição de terras e incremento da produção.

A venda de açúcar ainda representava quarenta por cento do lucro de exportações. Algodão, cultivado mormente no Maranhão e Pernambuco, correspondia a vinte por cento. Café, cuja produção aumentava paulatinamente,

---

<sup>110</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *op. cit.*, p. 49.

<sup>111</sup> BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. 1822-1850. In: BETHELL, Leslie (ed.). *Brazil Empire and Republic 1822-1930*. Cambridge: Cambridge University, 1993, p. 45

<sup>112</sup> ABSELL, Christopher David; TENA-JUNGUITO, Antonio. Brazilian Export Growth and Divergence in the Tropics during the Nineteenth Century. *Working Paper in Economic History*. Universidade Carlos III de Madrid, 2015, p. 5-6.

equivalia a pouco menos de vinte por cento. O restante consistia, basicamente, no comércio de couro, tabaco e cacau<sup>113</sup>.

Obviamente, a produção agrícola necessitava da obtenção de crédito para o financiamento de seu custeio. Entretanto, as instituições financeiras e as pessoas físicas que desempenhavam esse papel privilegiavam a concessão de crédito às atividades comerciais e urbanas.

As instituições financeiras privadas eram bastante escassas. A maioria do financiamento disponível dependia de empréstimos pessoais praticados com intermediários, denominados *comissários*. A especulação, associada à ausência de normas específicas, fazia com que o custo desses empréstimos fossem geralmente altos<sup>114</sup>. Do ponto de vista do credor, não existiam garantias suficientes. Os mecanismos jurídicos de proteção contra fraudes seriam precários, resultando em juros majorados ao crédito agrícola.

Por essa razão, a política nacional preocupou-se, desde logo, em elaborar normas que regulassem a hipoteca e permitissem maior clareza na execução do crédito hipotecário. Nesse sentido, em 03 de julho de 1830, o deputado Ernesto Ferreira França apresentou projeto de lei que propunha o registro da hipoteca por autoridades municipais, o que possibilitaria maior publicidade.

Paço da camara dos deputados, em 3 de Junho de 1830. – *Ferreira França*.

---

<sup>113</sup> BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. *op. cit.*, p. 46-47.

<sup>114</sup> “This frontier expansion, however, was hindered by a number of factors. The lack of institutionalisation that applied to property rights in land also applied to the financial system. There was a significant scarcity of private financial institutions before mid-century. In the absence of such institutions, planters were in large part beholden to the services of intermediaries (*comissários*) for credit. Inheritance, marriage and personal loans from non-bank lenders were other informal ways of obtaining credit. Given the speculative nature of much of this borrowing and the lack of a regulatory framework, the cost of borrowing during this period was generally quite high. Despite the lack of financial institutionalisation, indicators of non-bank financial transactions show steady growth during the decades following independence”. ABSELL, Christopher David; TENA-JUNGUITO, Antonio. *op. cit.*, p. 8-9.

A assembléa geral legislativa decreta:

Art. 1.º Em cada villa ou julgado do imperio haverá um livro denominado – livro das hypothecas, - rubricado pelo presidente da camara municipal respectiva, no qual o primeiro tabellião do lugar lancará unicamente as escripturas das hypothecas.

Art. 2º Serão nullas todas as hypothecas constituidas depois da publicação desta lei, que não se provarem por escripturas lançadas no referido livro.

Art. 3º Na mesma nullidade incorrerão as hypothecas anteriores que no espaço de dois annos se não registrarem no dito livro<sup>115</sup>.

Em 16 de junho de 1838, o deputado Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho submeteu à Assembleia Geral Legislativa um novo projeto de lei, que criaria o officio de tabellião privativo de hipotecas, apontamento e protestos de letras nos municípios<sup>116</sup>. A justificativa seria proteger os credores de fraudes e permitir maior publicidade, confiança e segurança:

Paço da camara dos deputados, aos 16 de Junho de 1838. – *Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho*.

Parece de necessidade uma lei, que creando em cada municipio um officio, e registro especial de hypothecas, e de protestos de letras, ponha os cidadãos, e particularmente o commercio, a abrigo das continuas fraudes, que diariamente se praticão, hypothecando-se a individuos por um cartorio predios já hypothecados á outros por cartorios diferentes; e bem assim o habilite a conhecer prontamente aquelles, que pouco pontuaes em seus pagamentos deixão apontar, e protestar suas letras, afim de que estabelecida a confiança, mãï do commercio, possa este prosperar, como muito convêm aos interesses do paiz.

<sup>115</sup> PINTO, Antonio Pereira (Org.). *Annaes do Parlamento Brasileiro. Câmara dos Srs. Deputados*. Primeiro anno da Segunda Legislatura. Sessão de 1830. Tomo II. Rio de Janeiro: H. J. Pinto, 1878, p. 24-25.

<sup>116</sup> “Paço da camara dos deputados, aos 16 de Junho de 1838. – *Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho*. (...) A assembléa geral legislativa decreta: Art. 1.º Fica creado no municipio da corte o officio de tabellião privativo de hypothecas, apontamentos, e protestos de letras. Nas provincias os presidentes, sob informações dos juizes de direito do civel, ou municipaes, designaráõ em cada municipio um dos actuaes escrivães para que sirva este officio, conjunctamente com o que então exercer. Art. 2.º Desde a installação do cartorio deste officio, que será annunciada nos respectivos municipios com toda a publicidade, serão nullas as hypothecas, apontamentos, e protestos de letras, que dentro das cidades e villas, não fõem feitos pelos tabelliães especiaes. Podem comtudo taes actos ser praticados fora das cidades e villas, mas dentro do mesmo municipio, por outro qualquer escrivão; porém neste caso não terão validade, se não fõem registrados no prazo de 15 dias nos cartorios dos respectivos tabelliães. Art. 3.º Seis mezes depois da installação destes cartorios serão nullas todas as hypothecas geraes; ou especiaes, constituidas quer por escripturas publicas, quer por escriptos particulares com força de escriptura, anteriormente feitas no respectivo municipio, se não tiverem sido registradas no cartorio competente pelas partes interessadas na sua validade (...)”. REIS, Antonio Henoch dos (Org.). *Annaes do Parlamento Brasileiro. Câmara dos Srs. Deputados*. Primeiro anno da Quarta Legislatura. Sessão de 1838. Tomo I. Rio de Janeiro: Viuva Pinto & Filho, 1886, p. 353.

É sabido, que muitos sujeitos, que aliás desejarião fazer girar, e reproduzir seus fundos, recusão dál-os sobre hypothecas de bens de raiz por ignorarem se taes bens estão já sujeitos em todo, ou em parte, a outros contractos, e por temerem os prejuizos, que de taes fraudes se têm seguido; donde tambem resulta que muitos proprietarios são privados de fazer duplicadamente productivas suas propriedades, obtend sobre ellas fundos, com que as possão melhorar, augmentar, ou entrar em outras especulações.

Esta necessidade parece ser reconhecida, pois que existe nesta casa, desde 1836, um projecto sobre hypothecas; mas limitando-se ele a crear simplesmente um registro para ellas e estabelecendo-o nas camaras municipaes, creio que além de ir complicar muito o expediente destes corpos administrativos, não satisfaz o fim proposto, isto é, evitar o mais possivel a fraude dos contractantes de má fé, e proteger os que têm boa.

Por estes motivos pois, e com o fim de animar, por meio da segurança, as transacções commerciaes, o giro de fundos, e por consequencia o melhoramento das fortunas, e propriedades particulares, tenho a honra de propôr o seguinte projecto de lei (...)<sup>117</sup>.

Esse projeto foi debatido na segunda parte da ordem do dia da sessão de 11 de maio de 1840, quando o deputado Henriques de Rezende observou que, além de existirem projetos diversos tramitando na Assembleia Geral, as legislações provinciais haviam editado normas criando escritvães de hipotecas. Recomendou, portanto, que o projeto retornasse à comissão de justiça civil, para que fosse cotejado com os dispositivos provinciais, o que restou acatado<sup>118</sup>.

Na ocasião, o deputado Moura Magalhães destacou que seria conveniente que a “illustre commissão não dormisse neste negocio, e apresentasse quanto

<sup>117</sup> REIS, Antonio Henoch dos (Org.). *op. cit.* (1886), p. 353.

<sup>118</sup> “Sessão em 11 de Maio (*de 1840*). Presidencia do Sr. Marcellino de Brito. (...) Segunda parte da ordem do dia. Entra em 1º discussão o projecto n. 36 de 1838 sobre hypothecas. (...) O Sr. Henriques de Rezende observa que existem legislações provinciaes a respeito de hypothecas, e que por isso é de opinião que o projecto volte á commissão, para que, examinando os projectos que estão na casa, examine tambem a legislação provincial, para saber claramente o que ha de propôr. As assembléias provinciaes têm creado escritvães de hypothecas, e estes escritvães são comprehendidos no acto adicional. Portanto convém arredar da camara qualquer cousa que possa ir dar nas provincias um choque, ou estabelecer quaesquer prevenções. (...) Vai a mesa e é apoiado o seguinte requerimento: Que volte á commissão, para que consultando, não só os prejectos que na casa existem, mas até a legislação de algumas provincias a respeito, proponha as medidas que julgar mais a proposito”. REIS, Antonio Henoch dos (Org.). *Annaes do Parlamento Brasileiro. Camara dos Srs. Deputados*. Terceiro anno da Quarta Legislatura. Sessão de 1840. Tomo I. Rio de Janeiro: Viuva Pinto & Filho, 1884, p. 242.

antes um projecto sobre hypothecas, para obviar as fraudes que se costumão praticar em damno das partes, e em offensa do seu direito”<sup>119</sup>.

Na sessão de 18 de março de 1843, o deputado J. M. Pereira da Silva remeteu à comissão de justiça civil um comunicado, por meio do qual exprimia a necessidade de elaborarem-se normas claras que disciplinassem o instituto jurídico da hipoteca, o mais brevemente possível, preservando-se a propriedade individual e evitando-se abusos.

Remette-se á commissão de justiça civil a seguinte:

Sendo de absoluta necessidade a adopção de uma lei que fixe regras invariaveis e um systema claro sobre hypothecas, afim de assegurar a propriedade individual e de acabar com abusos immensos que têm resultado do estado imperfeito da legislação civil existente:

Indico que a nobre commissão de justiça civil organise, com toda a brevidade, um projecto de resolução sobre hypothecas, colhendo os precisos dados de outros projectos apresentados á camara por diversos Srs. Deputados em differentes legislaturas, afim de se proseguir na sua discussão com a presteza e urgencia compatíveis com objectos de tanta transcendencia.

Paço da camara dos deputados, em 18 de Março de 1843. – J. M. Pereira da Silva<sup>120</sup>.

Em 1º de abril de 1843, este mesmo deputado, J. M. Pereira da Silva, apresentou projeto de lei, que criaria tabeliões privativos de hipoteca nas cidades do

<sup>119</sup> “Sessão em 11 de Maio (*de 1840*). Presidencia do Sr. Marcellino de Brito. (...) Segunda parte da ordem do dia. Entra em 1º discussão o projecto n. 36 de 1838 sobre hypothecas. (...) O Sr. Moura Magalhães: Sr. Presidente, admira a frequencia com que se pedem adiamentos sobre materias que são dadas para a ordem do dia. Apenas um projecto se apresenta que envolva alguma difficuldade, logo uma voz se levanta pedindo o adiamento, para ir a uma commissão, esperar informações, etc. etc.; e assim de adiamento em adiamento vemos que a camara se reduz a não tratar de cousa alguma, entretanto que de todas as partes se clama pelo melhoramento da nossa legislação civil e criminal. (...) Mas sendo eu tão contrario aos adiamentos, votarei comtudo por este debaixo de um principio, isto é, porque havendo na casa varios projectos a este respeito, convém que a commissão de justiça civil os refunda em um só, como mais conveniente lhe parecer: mas eu quizera que a illustre commissão não dormisse neste negocio, e apresentasse quanto antes um projecto sobre hypothecas, para obviar as fraudes que se costumão praticar em damno das partes, e em offensa do seu direito. Só debaixo pois deste principio é que votarei pelo adiamento”. REIS, Antonio Henoch dos (Org.). *op. cit.* (1884), p. 242-243.

<sup>120</sup> REIS, Antonio Henoch dos (Org.). *Annaes do Parlamento Brasileiro. Camara dos Srs. Deputados*. Primeiro anno da Quinta Legislatura. Primeira Sessão de 1843. Tomo II. Rio de Janeiro: Viuva Pinto & Filho, 1882, p. 324.

Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco, e determinava que, nas demais cidades, os tabeliões locais fossem incumbidos desse ofício<sup>121</sup>.

A partir de 1840, com o início do Segundo Reinado, foram implementadas políticas fiscais, tributárias, cambiais, creditícias e trabalhistas, com intuito de organizar a produção, o sistema financeiro e o comércio<sup>122</sup>. Paulatinamente, foram ampliados investimentos em infraestrutura, como ferrovias e portos e, gradualmente, o café se tornou o principal produto de exportação<sup>123</sup>.

Nesse contexto, passaram a vigor as primeiras alterações legislativas genuinamente nacionais. A Lei 317, de 21 de outubro de 1843, ao instituir o *Registro Geral de Hypothecas*, rompeu com as normas portuguesas, que mantinham a hipoteca em certa obscuridade. Dedicada a fixar aspectos orçamentários dos anos de 1843 e 1844, essa lei determinou de modo genérico, no artigo 35, que *fica creado*

---

<sup>121</sup> “Paço da camara dos deputados, em 1º de Abril de 1843. – J. M. Pereira da Silva. A assembléa geral legislativa resolve: 1º. Ficção creados tabelliães privativos de hypotheca nas cidades do Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco. Nas outras cidades e villas do imperio, um dos actuas tabelliães será incumbido desse officio conjunctamente com o que exercer. 2º. Serão nullas todas as hypothecas que depois da instalação do cartorio destes officios se não passarem nelles; assim como todas as hypothecas anteriores a esta lei, que se não registrarem nelles, dentro de 6 mezes contados da data de sua publicação. 3º. Nenhuma hypotheca será passada senão no municipio, onde se acharem os bens hypothecados, e nelle serão registradas as anteriores a esta lei; quando o devedor tenha de fazer a hypotheca em outro municipio, deverá receber do tabellião do municipio onde estão os bens uma guia para poder fazer, e a deverá fazer registrar neste cartorio apenas esteja ella passada, dentro de um praso de tantos dias quantas quatro léguas existirem de um a outro municipio” REIS, Antonio Henoch dos (Org.). *op. cit.* (1882), p. 595.

<sup>122</sup> “Algumas diretrizes político-econômicas do império a partir dos anos 1840: uma política fiscal e tributária mais rigorosa, com a reorganização da Fazenda Nacional e a reorganização das alfândegas; uma política cambial que valorizou a criação de bancos e a manutenção de uma paridade favorável; uma política monetária bastante dúbia e incerta que opunha papelistas e metalistas sob a tensão de déficits constantes; uma política creditícia ao organizar novos títulos e taxas de desconto, ao preparar uma legislação hipotecária, propiciando o surgimento de agentes financeiros e corretores; e, finalmente, uma nova política trabalhista, ao repensar o escravismo e introduzir a mão-de-obra livre do imigrante, apontavam para um política econômica bem definida e distinta das empreendidas no Primeiro Reinado ou no período Regencial”. BENTIVOGLIO, Julio. *Elaboração e Aprovação do Código Comercial Brasileiro de 1850: debates parlamentares e conjuntura econômica (1840-1850). Justiça e História*. Revista do Memorial do Judiciário. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. v. 5, n. 10, 2005, p. 93 et seq.

<sup>123</sup> No ano de 1885, a produção brasileira de café corresponderia a cinquenta e cinco por cento da produção mundial. Na década de 1880, houve o aprimoramento de antigas e a construção de novas ferrovias em diversas províncias. Vide GOMES, José Coelho. *Empire of Brazil. Commercial and Emigrational Guide*. Washington: J. P. Wright, 1885, p. p. 47 et seq.

*um Registro geral de hypothecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos*<sup>124</sup>.

Posteriormente, a lei foi regulamentada pelo c. Incumbiram-se aos tabeliães de cada cidade ou vila principal a inscrição da hipoteca no Cartório do Registro Geral da Comarca<sup>125</sup>. Previu-se, ainda, que os efeitos legais da hipoteca iniciariam apenas a partir do respectivo registro<sup>126</sup>, e estabeleceram-se a preferência do credor hipotecário<sup>127</sup> e prazo para o registro de hipotecas praticadas antes da instalação do Registro Geral<sup>128</sup>.

O *Registro Geral de Hypothecas*, todavia, mostrou-se insatisfatório, não urdindo as bases de uma verdadeira publicidade e de instrumentos que impedissem

<sup>124</sup> Vide GARCEZ, Martinho. *Da Hypotheca e das Acções Hypothecarias*. Rio de Janeiro: Jarntha Ribeiro dos Santos, 1918, p. 84 et seq.

<sup>125</sup> BRASIL. Decreto 482, de 14 de novembro de 1846. Art. 1º. *O Registro geral das hypothecas, creado pelo Artigo trinta e cinco da Lei numero trezentos e dezasete, de vinte e hum de Outubro de mil oitocentos quarenta e tres, fica estabelecido em cada huma das Comarcas do Imperio, e estará provisoriamente a cargo de hum dos Tabelliães da Cidade ou Villa principal da Comarca, que for designado pelos Presidentes, nas Provincias, precedendo informações dos Juizes de Direito. (...) Art. 2º. As hypothecas deverão ser registradas no Cartorio do Registro geral da Comarca onde forem situados os bens hypothecados. Fica porêm exceptuada desta regra a hypotheca que recahir sobre escravos, a qual deverá ser registrada, no registro da Comarca em que residir o devedor. Não produzirá effeito algum o registro feito em outros Cartorios, e igualmente o que for feito dentro dos vinte dias anteriores ao fallimento. Art. 3º As hypothecas que comprehenderem bens situados em diferentes Comarcas, serão registradas em cada huma dellas. O mesmo se praticará, quando a hypotheca, posto que limitada a huma propriedade ou fazenda, parte desta for situada em huma Comarca, e parte em outra. A data do primeiro registro que, em taes casos, se fizer em huma Comarca, marcará a epoca dos effeitos legaes da hypotheca, com tanto que o registro, nas outras Comarcas, se não demore, depois do primeiro, mais que o tempo necessario para nellas se effectuar, contando-se a distancia á razão de duas leguas por dia, do lugar do primeiro registro para o dos outros.*

<sup>126</sup> BRASIL. Decreto 482, de 14 de novembro de 1846. Art. 14. *Depois da instalação do Registro das hypothecas, em qualquer Comarca, os effeitos legaes das hypothecas dos bens n'ella situados, só começarão a existir da data do registro das mesmas hypothecas.*

<sup>127</sup> BRASIL. Decreto 482, de 14 de novembro de 1846. Art. 13. *São effeitos legaes do registro das hypothecas: 1º tornar nulla, a favor do credor hypothecario, qualquer alienação dos bens hypothecados, que o devedor possa fazer, posteriormente ao registro, por titulo, quer gratuito, quer oneroso: 2º poder o credor hypothecario, com sentença, penhorar e executar os bens registrados, em qualquer parte que elles se acharem: 3º conservar ao credor hypothecario o privilegio de preferencia, nos bens registrados que, pela hypotheca, possa haver adquirido.*

<sup>128</sup> BRASIL. Decreto 482, de 14 de novembro de 1846. Art. 17. *Os credores hypothecarios, por titulos de data anterior á instalação do Registro geral das hypothecas, na Comarca onde forem situados os bens hypothecados, conservarão todos os direitos que, a esse tempo, houverem adquirido, huma vez que procedão ao competente registro, dentro de hum anno subsequente á dita instalação. As hypothecas referidas que forem registradas depois de hum anno, só começarão a contar os seus effeitos legaes da data do seu registro.*

fraudes. Afinal, inexistia uma disciplina minuciosa da propriedade e mantinha-se ausente o princípio da especialidade, possibilitando-se hipotecas convencionais gerais, que abarcavam todos os bens do devedor, atuais e futuros<sup>129</sup>.

Em 1846 ensaiou-se entre nós pela primeira vez o princípio da publicidade; mas esse ensaio foi imperfeito e manco: basta relembrar que continuaram a subsistir as hipotecas gerais, incompatíveis com um sistema regular de publicidade<sup>130</sup>.

Em 1850, a hipoteca foi objeto de normas previstas no Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho, e no Regulamento 737, de 25 de novembro. O Código Comercial regia as hipotecas constituídas em garantia de obrigação comercial, que deviam ser inscritas no Registro do Comércio<sup>131</sup>, e as hipotecas navais, praticadas mediante escritura pública<sup>132</sup>. Retirava, ainda, a eficácia da hipoteca geral sem nomeação específica de bens<sup>133</sup>, criava condicionamentos à hipoteca de bens de comerciantes casados<sup>134</sup>, e previa a preferência do crédito hipotecário<sup>135</sup> e circunstâncias em que as hipotecas seriam tacitamente consideradas.

<sup>129</sup> BRASIL. Decreto 482, de 14 de novembro de 1846. Art. 4º. *Deverão ser registradas no Cartorio do Registro geral todas as hypothecas convencionaes, quer geraes, quer especiaes.*

<sup>130</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *op. cit.*, p. 49.

<sup>131</sup> BRASIL. Lei 556, Código Comercial, de 25 de junho de 1850. Art. 265. *A hypotheca de bens de raiz feita para segurar qualquer obrigação ou divida commercial, só pôde provar-se por escriptura publica, inscripta no Registro do Commercio (art. 10 n.º 2): fica porém entendido que a presente disposição não comprehende os casos em que por este Código se estabelece a hypotheca tacita.*

<sup>132</sup> BRASIL. Lei 556, Código Comercial, de 25 de junho de 1850. Art. 468. *As alienações ou hypothecas de embarcações brasileiras destinadas á navegação do alto mar, só podem fazer-se por escriptura publica, na qual se deverá inserir o theor do seu registro, com todas as anotações que nelle houver (arts. 472 e 474); pena de nulidade. Todos os aprestos, aparelhos e mais pertences existentes a bordo de qualquer navio ao tempo da sua venda, deverão entender-se comprehendidos nesta, ainda que delles se não faça expressa menção; salvo havendo no contracto convenção em contrario.*

<sup>133</sup> BRASIL. Lei 556, Código Comercial, de 25 de junho de 1850. Art. 266. *A escriptura deve enunciar a natureza da divida, a sua importancia, a causa de que procede, a natureza dos bens que se hypothecão, e se estão livres e desembargados, ou se sé achão sujeitos a outra hypotheca ou a outro algum onus. Hypothecando-se diversos bens, devem todos ser nomeados especificamente: a hypotheca geral sem nomeação especifica de bens, não produz effeito algum nas obrigações mercantis.*

<sup>134</sup> BRASIL. Lei 556, Código Comercial, de 25 de junho de 1850. 267. *Se o commerciante devedor for casado, não he válida a hypotheca que recahir sobre bens do casal em que a mulher seja meeira, se esta não assignar tambem a escriptura.* Art. 268. *A hypotheca de bens dotaes da mulher feita pelo marido he nulla, ainda que a escriptura seja por ella assignada (art. 27).*

<sup>135</sup> BRASIL. Lei 556, Código Comercial, de 25 de junho de 1850. Art. 269. *São effeitos da hypotheca: 1. Tornar nulla, a favor do credor hypothecario somente, qualquer alheação dos bens hypothecados que o devedor posteriormente fizer por titulo quer gratuito quer oneroso; 2. Poder o credor hypothecario com sentença penhorar e executar para seu pagamento a cousa hypothecada, em qualquer parte que ella se achar; 3. Dar ao credor hypothecario preferencia nos bens hypothecados, pela fórmula que se dirá no Titulo - DAS PREFERENCIAS.*

O Regulamento 737 dispunha, dentre outros, sobre o procedimento de execução, divisão de credores, concurso de preferências e concorrência entre hipotecas<sup>136</sup>. Existiam quatro classes de credores: os credores de domínio; os credores privilegiados; os credores hipotecários; e os credores quirografários<sup>137</sup>. Os credores hipotecários tinha preferência sobre os quirografários<sup>138</sup>.

Ao longo do tempo, o instituto jurídico da hipoteca foi objeto de críticas por juristas como José de Alencar (1829-1877), e taxado de *arbitrário, injusto, antiético, verdadeira limitação do direito de liberdade, suplício da personalidade*, e portador de *terríveis consequências*. A falta de publicidade e especialidade mantinha obscuridades e criticava-se, ainda, a quebra de igualdade entre os credores<sup>139</sup>.

Esses *defeitos*, segundo Clóvis Beviláqua, foram progressivamente eliminados pela ciência jurídica, sobretudo com a adoção dos princípios da especialidade e da publicidade, o que foi implementado de modo mais efetivo a partir da década de 1860 pela legislação brasileira. Assegurou-se, assim, a função social da hipoteca, que permite a circulação do crédito<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> BRASIL. Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Art. 627. *Concorrendo dous ou mais, credores com hypothecas geraes ou especiaes, preferem entre si pela ordem seguinte: §1.º Aquelle que á hypotheca especial reunir a hypotheca tácita geral ou especial por algum dos títulos especificados no art. 621. §2.º O que fô mais antigo na prioridade do registro da hypotheca, ou seja, a hypotheca especial ou geral. Art. 628. Aparecendo duas hypothecas registradas mesma data, prevalecerá aquella que tiver declarada no instrumento a hora em que a escriptura se lavrou. Si ambas houverem sido apresentadas para o registro simultaneamente, os portadores dos instrumentos entrarão em rateio entre si.*

<sup>137</sup> BRASIL. Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Art. 619. *Os credores serão divididos em quatro classes: §1.º Credores do dominio. §2.º Credores privilegiados. §3.º Credores com hypotheca. §4.º Credores simples ou chitographarios.*

<sup>138</sup> BRASIL. Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Art. 624. *Os credores preferem uns aos outros pela ordem em que ficam classificados, e na mesma classe preferem pela ordem da sua enumeração.*

<sup>139</sup> ALENCAR, José de. *A Propriedade*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 67 et seq.

<sup>140</sup> “Essas objecções não me parecem ferir a essencia do instituto, e sim, tão somente, certos defeitos que aos poucos, a evolução juridica vem eliminando com a especialização, a publicidade e outros principios, que imprimem á hypotheca, sem desvios condemnaveis pela moral e pelo sentimento de justiça, a sua verdadeira função social de movimentar as riquezas ligadas ao solo, transformal-as e augmental-as, sob o influxo do credito, que se expande, sentindo-se seguro, e deixa ao devedor a liberdade de continuar na posse de seus bens immoveis, extrahindo delle as utilidades, que produz, gozando-o, melhorando-o, valorizando-o”. BEVILÁQUA, Clóvis. *op. cit.*, p. 139.

## 2.2 Na senda da Publicidade e Especialidade Hipotecária

O Direito Civil contemporâneo assume, como princípios elementares da hipoteca, a publicidade e a especialidade, determinando que a garantia sobre o bem seja inscrita em registro público e que o imóvel sobre o qual recaia seja especificado. Essas normas, associadas ao registro da titularidade do bem, garantem maior clareza e segurança jurídica, pois coíbem fraude e possibilitam ao credor uma confiança de que o crédito hipotecário está assegurado<sup>141</sup>.

A Lei 317, de 21 de outubro de 1843, e o Decreto 482, de 14 de novembro de 1846, almejavam introduzir o princípio da publicidade da hipoteca em todo o território nacional. Todavia, demonstraram-se falhas e insuficientes. Dentre os motivos encontrava-se a falta de maior regulamentação da propriedade, o que fazia com que os credores fossem corriqueiramente enganados<sup>142</sup>.

O regime jurídico da propriedade sofreu alterações apenas em 1850. Até esse período, “as terras brasileiras achavam-se em várias situações do ponto de vista legal: havia sesmarias concedidas e confirmadas, demarcadas e utilizadas, que eram a minoria; havia sesmarias concedidas, não demarcadas; havia glebas de

---

<sup>141</sup> “Um bom regime hipotecário pressupõe: a) A publicidade da transferência do domínio e a da constituição dos onus reais sobre os imóveis; b) A publicidade das hipotecas; A *especialidade*, como condição da publicidade. Com efeito, aquele que tem de confiar seus capitais sob a garantia da hipoteca, carece de saber: 1.º Se o imóvel oferecido continua no domínio do proprietário aparente, e se o valor desse imóvel se acha ou não diminuído pela constituição de onus reais; 2.º Se o mesmo imóvel se acha gravado por hipotecas anteriores. Ministram-lhe estas informações de fato o livro da transcrição e o da inscrição”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *op. cit.*, p. 50.

<sup>142</sup> “Uma boa lei hypothecaria exige como condição preliminar um regimen de propriedade territorial onde as surpresas, os enganos e as fraudes encontrem limitado campo de acção. D’ahi a necessidade imprescindível da adopção de medidas, que tornem manifesto e ao alcance de todos o movimento da propriedade. Inquestionavelmente nada ha mais imperfeito, obscuro e complicado do que os titulos da propriedade no Brasil, e em geral entre os povos do novo e novissimo Continente, graças á sua origem, firmados como são em concessões extensissimas e indeterminadas, posses imperfeitas, compras de sesmarias sem as devidas discriminações e delimitações, o que torna bastante difficil e incerta a posição dos adquirentes de terras, ou de quem empresta sobre ellas”. PENA, Afonso. Estudos Juridicos: transcrição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. v. 1, n.2, 1895, p. 28.

simples posse; e, finalmente, glebas sem ocupação, que seriam revertidas ao Império”<sup>143</sup>.

Parcela considerável dos detentores de terras era formada por grandes fazendeiros que as haviam obtido por meio da simples posse. Portanto, a regularização da posse era uma relevante reivindicação desses agentes econômicos, sobretudo dos plantadores de café de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo.

Nesse sentido, em 1843, Bernardo Pereira de Vasconcelos, então membro do Conselho de Estado na Seção dos Negócios do Império, propôs um projeto de lei que almejava disciplinar o regime de terras, tendo em mente a necessidade de se arregimentar mão-de-obra livre estrangeira, antecipando-se a extinção da escravidão. O projeto foi aprovado com modificações em 1850, tornando-se a Lei 601, de 18 de setembro, *Lei de Terras*<sup>144</sup>.

Esse diploma legal legitimava as grandes ocupações e determinava que as terras públicas seriam adquiridas, não mais podendo ser objeto de doação ou obtenção por posse. A propriedade assumia a característica de mercadoria, desvinculando-se do significado de título de prestígio social concedido pela Coroa e passando a representar o poder econômico.

A Lei de Terras decretada no Brasil em 1850 proibia a aquisição de terras públicas através de qualquer outro meio que não fosse a compra, colocando um fim às formas tradicionais de adquirir terras mediante posses e mediante doações da Coroa. Tanto os que obtiveram propriedades ilegalmente, por meio da ocupação, nos anos precedentes à lei, como os que receberam doações mas nunca preencheram as exigências para a legitimização de suas propriedades puderam registrá-las e validar seus títulos após demarcar seus limites e pagar as taxas – isso se tivessem realmente ocupado e explorado a terra. O tamanho das “posses” (terra

---

<sup>143</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 336.

<sup>144</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 336.

adquirida por meio da ocupação) foi limitado pela lei: elas não podiam ser maiores do que a maior doação feita no distrito em que se localizavam. (...) Uma leitura dos debates parlamentares (...) reflete a transição (...) de um período no qual a terra era concebida como domínio da Coroa, para um período no qual a terra tornou-se de domínio público; de um período no qual a terra era doada principalmente como recompensa por serviços prestados à Coroa, para um período no qual a terra é acessível apenas àqueles que podem explorá-la lucrativamente; de um período no qual a terra era vista como uma doação em si mesma, para um período no qual ela representa uma mercadoria; de um período no qual a propriedade da terra significava essencialmente prestígio social, para um período no qual ela representa essencialmente poder econômico. A mudança de atitudes em relação à terra correspondeu à mudança de atitudes em relação ao trabalho: escravidão e certas formas de servidão foram substituídas pelo trabalho livre<sup>145</sup>.

A Lei de Terras definia como terras devolutas as que não tinham uso público ou título particular legítimo, que não tivessem sido doadas em sesmarias validadas e que não tivessem posse legítima. Essas terras não poderiam mais ser obtidas gratuitamente, mas somente mediante compra em hasta pública. A posse de terras cultivadas seria regularizada, o que poderia ser feito pela apresentação documento de posse no Registro de Hipotecas<sup>146</sup>.

Além disso, como o intuito da lei era distinguir as terras públicas e privadas, foram criados nas paróquias, repartições eclesiásticas que funcionavam também como repartições públicas, registros de títulos de terras. Esses registros foram popularmente denominados de *Registro do Vigário*.

O Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, regulamentando a Lei de Terras, atribuía aos juízes de paz, juízes municipais, juízes de direito, delegados e subdelegados a tarefa de informar a existência de posses a serem revalidadas ao Presidente da Província correspondente.

---

<sup>145</sup> COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 171-172.

<sup>146</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 336-337.

Embora buscasse disciplinar o instituto jurídico da propriedade de modo seguro e estabelecesse espécies de registro de propriedade, a Lei de Terras não atingiu seus objetivos de modo eficaz. Não existiam condições materiais mínimas e havia ingerência de interesses locais na aplicação das normas. O registro efetuado não era confiável e, eventualmente, distorcido em benefício da Igreja ou de seus integrantes. Desse modo, disseminou-se a grilagem de terras e os prazos para registro e regularização das terras foram sucessivamente prorrogados<sup>147</sup>.

Os conflitos jurídicos decorrentes das defeituosas disciplinas da propriedade e da hipoteca foram mais satisfatoriamente enfrentados com a Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864. Essa Lei determinou a transcrição da propriedade em registro público e assegurou a publicidade e a especialidade da hipoteca, edificando os alicerces do direito hipotecário moderno.

Resultante de projeto de lei proposto pelo então deputado e Ministro da Justiça Nabuco de Araujo na sessão da Câmara dos Deputados de 25 de julho de 1854, posteriormente objeto de substitutivo e emenda, a Lei 1.237 foi regulamentada pelos Decretos 3.272, de 5 de outubro de 1885, e 3.471, de 03 de junho de 1865<sup>148</sup>.

A Lei 1.237 derogou normas do Código Comercial referentes à hipotecas fundadas em obrigações comerciais, prevendo, no artigo 2º, que a hipoteca seria regulada pela lei civil, ainda que praticada entre comerciantes. Ademais, todas as normas do Código Comercial que incidiam sobre hipotecas de bens de raiz foram

---

<sup>147</sup> Vide CARVALHO, José Murilo de. *op. cit.*, p. 329 et seq.

<sup>148</sup> “O projeto da reforma hipotecária foi apresentado na câmara dos deputados na sessão de 25 de Julho de 1854, pelo Sr. J. T. Nabuco de Araujo, então membro daquela câmara e ministro da justiça. Em Julho de 1856 o autor do projeto ofereceu um substitutivo, que depois de discutido foi aprovado em sessão de Agosto desse ano. No Senado, para onde foi remetida no mesmo ano de 1856, a proposição da Câmara dos Deputados correu varia fortuna, até que, emendada pelas comissões reunidas de legislação e fazenda (Parecer de 19 de Maio de 1864), e submetida à discussão, foi aprovada, e tendo sido sancionada, é hoje a lei n. 1.236, de 24 de Setembro de 1864. Para sua execução foram expendidos os Regulamentos por Decretos ns. 3.453, de 26 de Abril de 1865 e n. 3.471, de 3 de junho de 1865. Os ditos Regulamentos são obra do Sr. Nabuco de Araujo”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *op. cit.*, p. 49-50, nota 22.

expressamente derogadas<sup>149</sup>, permanecendo neste diploma somente a disciplina da hipoteca naval<sup>150</sup>.

Além disso, a referida lei continha normas que instituíram a obrigatoriedade da transcrição imobiliária para a efetiva concretização da transmissão de bem imóvel gravado de hipoteca<sup>151</sup>. Desse modo, a matrícula da transferência de imóveis entre vivos se tornou relevante, ainda que não induzisse a prova do domínio e não fosse imprescindível para sua aquisição<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> BRASIL. Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864. Art. 2º. *A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Codigo Commercial, relativas á hypotheca de bens de raiz.*

<sup>150</sup> Vide opinião de FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Ed. fac-sim. v. 2. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 729, nota 4.

<sup>151</sup> BRASIL. Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864. Art. 7º *O registro geral comprehende: a transcripção dos titulos da transmissão dos immoveis susceptiveis de hypotheca e a instituição dos onus reaes; a inscripção das hypothecas.* §1º *A transcripção e inscripção devem ser feitas na Comarca ou Comarcas onde forem os bens situados.* §2º *As despezas da transcripção incumbem ao adquirente. As despezas da inscripção competem ao devedor.* §3º *Este registro fica encarregado aos Tabelliães creados ou designados pelo Decreto nº 482 de 14 de Novembro de 1846.* Art. 8º *A ansmissão entrevivos por titulo oneroso ou gratuito dos bens susceptiveis de hypothecas (art. 2º § 1º) assim como a instituição dos onus reaes (art. 6º) não operão seus efeitos a respeito de terceiro, senão pela transcripção e desde a data della. (...) §4º A trancripção não induz a prova do dominio que fica salvo a quem fôr.*

<sup>152</sup> “Hoje, quando nós transferimos uma propriedade, transcrevemos esta operação jurídica no Registro Geral de Imóveis. Quando não realizamos esta formalidade, a transferência não é considerada válida pelos agentes do Estado. A obrigação de realizar a transcrição neste registro foi instituída inicialmente pela Lei Hipotecária 1.237 de 1864. (...) Em miúdos, embora a norma exigisse a matrícula da transferência de imóveis entre vivos para que a operação fosse realizada, não instituiu o registro como prova de propriedade para o adquirente. A propriedade ‘continuava salvo a quem for’ o seu verdadeiro detentor. Neste sentido, a posse continuava assegurada, principalmente aquelas feitas antes da Lei de Terras de 1850. Podiam ser reconhecidas mesmo que não tivessem sido declaradas no

Registro Paroquial de Terras, uma vez que a posse se mantinha enquanto meio legítimo de aquisição de domínio”. RODRIGUES, Pedro Parga. Registro Geral de Imóveis, propriedade e Estado Nacional no Segundo Reinado. *Almanack Braziliense*. n. 10, nov. 2009, p. 166.













































