IVAN JACOPETTI DO LAGO

**O TRATAMENTO JURÍDICO DA VENDA DE IMÓVEL COM
DIVERGÊNCIA DE ÁREA NA EVOLUÇÃO DO DIREITO
BRASILEIRO: VENDA AD CORPUS E AD MENSURAM.**

Tese de Doutorado elaborada sob orientação do PROF. TITULAR
IGNACIO MARIA POVEDA VELASCO, do Departamento de
Direito Civil, Área de Concentração de História do Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SÃO PAULO

2014

Et veritas Domini manet in saeculum (Ps. 116,2).

Sumário

1 – Introdução.	4
1.1 – Questões polêmicas relativas à venda de terras com diferença de área e objetivos da pesquisa.	12
1.2 – Da metodologia aplicada.	13
1.3 – Da periodização adotada.	24
2 – O tratamento do problema pelo direito civil brasileiro anterior à codificação.	26
2.1 – Contexto histórico geral: A produção agrícola e o uso da terra.	26
2.1.1 – O baixo valor da terra.	27
2.1.2 – As grandes dimensões das propriedades e os limites mal definidos: as sesmarias.	32
2.1.3 – O acesso à terra e a Lei de Terras (Lei 601 de 1850).	42
2.1.3.1 – A obtenção de terras devolutas antes da Lei 601 de 1850.	42
2.1.3.2 – A obtenção de terras devolutas na vigência da Lei 601 de 1850.	49
2.1.3.3 – A aquisição de terras de particulares: as aquisições ‘derivadas’	61
2.2 – Panorama das fontes do direito civil brasileiro anterior à codificação.	65
2.2.1 – O tratamento da venda de terras com deficiência de área pelas Ordenações... ..	66
2.2.2 – O tratamento da questão segundo as regras do direito subsidiário.	71
2.2.2.1 – O tratamento da questão da venda de imóveis com diferença de área pelo direito romano.	76
2.2.2.2 – O problema à luz do <i>usus modernus pandectarum</i>	81
2.3 – O tratamento da questão pela doutrina e jurisprudência.	85
2.3.1 – Da aparente falta de interesse pelo assunto: razões históricas.	85
2.3.2 - O tratamento dado pela doutrina e jurisprudência brasileira oitocentistas.	86
2.3.3 – O debate entre Pedro Lessa e Antonio de Campos Toledo.	86
2.3.3.1 – O primeiro artigo de Pedro Lessa: início da polêmica.	87
2.3.3.2 - A Resposta de Campos toledo.	111
2.3.3.3 - O segundo artigo de Pedro Lessa.	114
2.3.3.4 - As ‘allegações sobre embargos’ de Campos de Toledo e o terceiro e último artigo de Pedro Lessa.	115
3 – O tratamento da venda de imóvel com divergência de área na vigência do Código Civil de 1916.	119
3.1 – A codificação do direito civil brasileiro e as origens do artigo 1.136 do código..	119

3.2 – A venda de imóveis com deficiência ou excesso de área na doutrina brasileira do século XX.	124
3.2.1 – A dicotomia <i>ad corpus</i> e <i>ad mensuram</i> e a distinção entre as duas situações.	124
3.2.2 – Da natureza da proteção concedida.	126
3.2.3 – As obrigações do comprador e do vendedor.	128
3.2.5 – Proposta de uma nova solução baseada nos antecedentes históricos.....	130
4 – O tratamento da questão na vigência do Código Civil de 2002.....	133
4.1 – Mudanças em relação ao Código Civil de 1.916.	133
4.2 – Proposta de compreensão do artigo 500.	135
5 – Conclusão.....	139
6 – Índice de fontes.	145
7 – Bibliografia.	149
Resumo.	165
Abstract.	166
Riassunto.....	167

1 – Introdução.

No dia 17 de março de 1891, por escritura pública lavrada pelo “Tabelião Archanjo” (atualmente o 2º Tabelião de Notas de São Paulo - SP), um certo Capitão Joaquim Francisco de Paula Rabello e sua mulher prometeram vender a Justo Nogueira de Azambuja, Emilio Rangel Pestana e esposas um imóvel rural, denominado “Sítio Cabussu”¹.

Segundo o contrato, o Sítio Cabussu seria “todo vallado” – isto é, suas divisas estavam demarcadas por valas - mediria “800 alqueires pelo menos”, e estaria localizado na Capital do estado de São Paulo, entre as freguesias de Santa Efigênia e Conceição de Guarulhos.

Nos termos da promessa, a venda, que lhe daria cumprimento, seria lavrada tão logo fosse medido o sítio. A medição foi feita, e algum tempo depois vendedores e compradores retornaram ao cartório do Tabelião Archanjo, lavrando-se a escritura pública de venda e compra.

Realizada a medição, uma circunstância nova surgiu: apurou-se que o imóvel não media mais de 800 alqueires, como se declarava na promessa, mas bem menos do que isso. Segundo a escritura, o imóvel vendido media 506 alqueires e 4.850 braças quadradas. Contudo, nenhuma questão jurídica surgiria daí, uma vez que o preço estipulado, de

¹Cf. Apelação Cível 1.157 do Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, São Paulo, Typographya Paulista, Vol. XVII, 1898.

126:750\$000, já estaria levando em conta esta medida.

No entanto, quando os compradores dividiram entre si o imóvel comprado, constataram que este não media nem mesmo os 506 alqueires e 4.850 braças, declarados na escritura, mas tão somente 383 alqueires e 2.568 braças. Tentaram, então, obter dos vendedores o ressarcimento de parte do preço pago anteriormente, em razão de ter lhes sido entregue menos terras do que esperavam em princípio. Responderam-lhes os vendedores que a diferença não era devida, já que a coisa que estes lhes haviam vendido fôra o “Sítio Cabussu”, tal e qual era, e não uma quantidade exata de terra. *Quid juris?*

Pode causar certo espanto ao leitor que um imóvel cujo tamanho se estimava em 800 alqueires pudesse medir 506, menos de dois terços do esperado. No entanto, a medição de terras com precisão envolve problemas e desafios cuja solução exige métodos, instrumentos e profissionais com razoável apuro técnico.

Há registros de terras sendo medidas desde ao menos 3.000 a.C., tais como uma estela de pedra contendo os anais do reinado de um governante egípcio desconhecido, integrante da segunda dinastia, segundo a qual no período teriam sido realizadas medições do nível do Rio Nilo, e da quantidade de ouro e terras disponíveis². Há ainda painéis pintados em tumbas egípcias retratando a medição de campos agrícolas: dois homens carregando uma longa corda, na qual há nós em intervalos regulares. Atrás deles caminham três funcionários do governo, carregando materiais utilizados na escrita, acompanhados por um menino, que porta um saco contendo mais material para escrever³.

Como era feita a medição? Medir terras envolve três problemas básicos: apurar as distâncias contidas nas linhas que compõem o perímetro das áreas medidas; aferir os ângulos formados entre estas linhas; e realizar o cálculo matemático da área do polígono resultante. Medir o comprimento de linhas, embora possa ensejar alguma imprecisão quando as distâncias são expressivas, em geral não exige grande tecnologia. Porém, o mesmo não se pode dizer da aferição de ângulos, e da realização dos cálculos.

Entre os egípcios, além da corda retratada no painel (que, em geral, media 100 cúbitos, equivalentes a 52,5 metros), era utilizado um outro instrumento, chamado *merkhet*. Este consistia em um pêndulo de chumbo suspenso por um fio de um suporte portátil, e seu

²Cf. H. LYONS, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 69, N. 2, 1927.

³Cf. H. LYONS, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 69, N. 2, 1927.

uso era complementado por uma forquilha extraída da folha da palmeira, e por um bastão de madeira. Um homem segurava a *merkhet*, um outro fixava o bastão no chão em um ponto contido na linha a medir, e um outro utilizava a forquilha como mira, alinhando em uma mesma reta o pêndulo de chumbo, o bastão, e um acidente geográfico ou astro – em geral a estrela polar. Este alinhamento obtinha uma linha perfeitamente reta, que se mantinha reta ao longo de grandes distâncias. No entanto, não havia instrumento adequado à medição de ângulos, ainda que as áreas medidas fossem perfeitamente quadradas ou retangulares⁴.

Entre os romanos apareceu um instrumento apto a medir e traçar com precisão ângulos retos: a *groma*. A *groma*, essencialmente, é composta por dois pares de pêndulos de chumbo, suspensos por fios das pontas de dois bastões de madeira, dispostos em cruz. Esta cruz, com ângulos perfeitamente retos, é fixada sobre um braço de madeira, ligado a um outro bastão, que será destinado a ser enterrado no chão, até a profundidade de um pé, devendo o centro da cruz estar posicionado sobre a linha que se pretende medir⁵.

A *groma* foi amplamente utilizada em Roma, e os *mensores* gozavam de prestígio social⁶. Tais profissionais atuavam no exército, no serviço público e também atendiam às necessidades de particulares. Recebiam treinamento especializado e integravam um *collegium* que os agremiava⁷.

No âmbito militar, mediam e estabeleciam limites de campos de batalha e acampamentos, e cada legião conteria onze *mensores*. No serviço público estabeleciam as estradas e dividiam as quadras e lotes de terra sempre que uma nova cidade ou colônia era fundada. E no âmbito privado mediam a extensão de campos e demarcavam limites. Intervinham também na solução de disputas legais, ora atuando de modo imparcial, ora na defesa dos interesses de seus contratantes⁸.

⁴Cf. H. LYONS, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 69, N. 2, 1927.

⁵Cf. H. LYONS, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 69, N. 2, 1927; O. A. W. DILKE, *The Roman Surveyors*, in, *Greece & Rome, Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. 9, N. 2, 1962.

⁶Cf. O. A. W. DILKE, *The Roman Surveyors*, in, *Greece & Rome, Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. 9, N. 2, 1962. Segundo o autor, um certo agrimensor, chamado Lucius Decidius Saxa, teria até mesmo chegado à posição de tribuno da plebe.

⁷Cf. O. A. W. DILKE, *The Roman Surveyors*, in, *Greece & Rome, Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. 9, N. 2, 1962.

⁸Cf. O. A. W. DILKE, *The Roman Surveyors*, in, *Greece & Rome, Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. 9, N. 2, 1962. O trabalho dos agrimensores romanos encerra todo um campo de investigação histórica. LAURETTA MAGANZANI expõe o método de trabalho do agrimensor romano na posição de 'perito' judicial nas ações que o demandavam: "*Aussi bien dans les disputes sur la propriété (reivindicatio*

No entanto, o instrumento padecia da severa limitação de apenas estabelecer e medir ângulos retos. Com isso, campos agrícolas⁹, acampamentos militares e cidades eram, em geral, formados por múltiplos quadrados, servindo as estradas e caminhos de limites. O estabelecimento de qualquer nova cidade principiava pela demarcação dos dois caminhos principais, perpendiculares entre si, segundo qualquer orientação quanto aos pontos cardeais: o *decimanus maximus*, e o *cardo maximus*. Todas as outras divisões seriam feitas em uma malha de vias acompanhando as duas principais¹⁰.

Há notícia da existência de outros instrumentos de medição, com a possibilidade de medição de ângulos agudos ou obtusos, como a *dioptra*. No entanto, não há registros que comprovem sua efetiva utilização pelos agrimensores¹¹.

Na Idade Média não há grande avanço neste campo, não havendo registro de uso de triangulações, ou trigonometria, nas medições de grandes distâncias, ou mesmo da aferição de ângulos em solo¹².

que dans les règlements de limites (actio finium regundorum), si le terrain n'était pas arpenté, c'est-à-dire s'il s'agissait d'un ager arcifinius, la tâche de l'expert consistait à repérer la limite entre les deux propriétés. Cela était plus facile quand la limite était un rigor, c'est-à-dire une ligne droite, comme une ligne obtenue en joignant ensemble plusieurs bornes placées sur le terrain. Borner les terrains était plus difficile quand la dispute concernait un finis, c'est-à-dire une ligne irrégulière déterminée par différents types de bornes, dont localisation était devenue incertaine, par exemple, arbres, pierres, fleuves ou torrents, fosses, buttes etc. Ici l'expert devait observer attentivement le terrain, la localisation des pierres, la localisation et la hauteur des arbres, la typologie de la mise en culture etc. Il devait tenir compte aussi, dans cet examen, des coutumes locales sur les bornes, leur usage et dénomination, parce que, sans cette information, il y avait le risque de faire un arpentage incorrect. Pour un arpentage sur terrains arcifinii (non mesurés), il y avait aussi des documents écrits, qui pouvaient aider l'expert à s'acquitter de sa tâche : en effet, pendant l'époque impériale, les propriétaires provinciaux, devant payer à l'autorité romaine un impôt périodique, devaient écrire et produire un document nommé forma censualis ou simplement census, comportant certains renseignements importants sur leur terrain et sur sa valeur estimée, utiles à l'autorité romaine pour établir l'impôt foncier. Dans ce document le propriétaire devait indiquer, par exemple, la dénomination de son terrain, sa ville (civitas) ou village (pagus), mais aussi sa localisation, les noms des propriétaires des terrains limitrophes et certains renseignements sur l'utilisation de la terre. Cela est clairement expliqué dans le texte n. 5, où Ulpien décrit le contenu des documents de recensement : le nom de chaque terrain - nomen fundi cuiusque -, dans quelle ville et district agraire il se trouve - in qua civitate et in quo pago sit -, quels sont les voisins les plus proches - quos duos vicinos proximos habeat -, quelle sera la culture sur le terrain dans les dix prochaines années et quelle est sa mesure - arvum quod in decem annos proximos satum erit, quot iugerum sit - etc". (Cf. L. MAGANZANI, Arpenter la terre pour le procès: la consultation technique en droit romain, in, Revue internationale des droits de l'Antiquité (53) 2006), p. 289.

⁹Cf. H. LYONS, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 69, N. 2, 1927.

¹⁰Cf. O. A. W. DILKE, *The Roman Surveyors*, in, *Greece & Rome, Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. 9, N. 2, 1962.

¹¹Cf. H. LYONS, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 69, N. 2, 1927. Sobre uma interessante discussão acerca do suposto uso da *dioptra* na construção de um túnel situado na ilha grega de Samos, o qual teria sido construído por dois grupos de trabalhadores, a partir de lados opostos de uma montanha, Cf. M. J. T. LEWIS, *Surveying Instruments of Greece and Rome*, 1ª Ed, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 200.

¹²Cf. D. J. PRICE, *Medieval Land Surveying and Topographical Maps*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, Vol. 121, N. 1, 1955.

Na Idade Moderna, contudo, houve importantes melhorias na técnica e nos instrumentos dos agrimensores. Em um livro chamado “*Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*” - cuja primeira edição data de 1688 – um matemático inglês de quem pouco se sabe, JOHN LOVE, expõe o estado da arte em que se encontrava a agrimensura em sua época. Nesse intuito, iniciava sua exposição pela apresentação de uma série de definições e problemas geométricos¹³, bem como do modo de se construir e calcular as medidas de uma série de polígonos.

Após expôr os mecanismos matemáticos de seu ofício, e as várias modalidades e convenções quanto às medidas utilizadas¹⁴, apresentava os instrumentos de trabalho do agrimensor. A medição da extensão das linhas era feita com correntes¹⁵. Já a medição dos ângulos poderia ser feita com uma série de instrumentos diferentes, os quais, segundo o autor, seriam tão variados quantos eram os agrimensores, e cujo uso deveria ser aprendido pela observação e contato efetivo com eles, já que ensinar o seu uso por meio de livros seria como “aprender esgrima lendo”¹⁶. Não obstante, eram apresentados os mais em voga. O primeiro deles era a mesa-plana (denominada “prancheta” por MACEDO SOARES¹⁷), o qual consistia em uma superfície reta, posta sobre um tripé, sobre a qual era fixada uma folha de papel. O tripé deveria ser armado exatamente sobre o ponto em que o vértice do ângulo estava situado. Então, utilizando uma régua encimada por uma mira dupla, o agrimensor direcionava seu olhar a certos pontos fixos, no extremo da linha que pretendia desenhar; e, com isso, alinhava a régua nesta mesma direção. Traçando-se as duas linhas, obtinha-se o ângulo desenhado no papel¹⁸. Outros instrumentos de medição de ângulos seriam algumas espécies de transferidor e a bússola, sempre acompanhados de miras duplas¹⁹. Estas miras, tais como as utilizadas na mesa-plana, assemelhavam-se às miras utilizadas em armas de fogo, pouco melhores do que as forquilhas de folha de palmeira empregadas pelos egípcios

¹³Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, pp. 9-37.

¹⁴Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, pp. 39-53.

¹⁵Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, p. 54.

¹⁶Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, p. 56.

¹⁷Cf. A. J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 178.

¹⁸Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, p. 56.

¹⁹Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, p. 57.

no uso da *merkhet*. Isto em muito comprometia a precisão das medições²⁰.

Além disso, o agrimensor empregava também um livrinho, para anotar, no campo, as distâncias e ângulos medidos; e papéis quadriculados ou graduados, que seriam utilizados na produção dos mapas²¹.

As áreas dos polígonos irregulares seriam obtidas por meio da geometria e trigonometria, havendo no livro tábuas trigonométricas de senos, cossenos, tangentes e cotangentes²².

Com tudo isso, reconhecia o autor que, por melhores que fossem os instrumentos então disponíveis, não era possível se atingir uma precisão maior do que cinco minutos na medição de ângulos²³.

A melhoria na precisão viria com o uso de telescópios acoplados aos instrumentos de medição, em substituição às miras primitivas. O grande passo seria dado pela invenção do teodolito, o que ocorreu em 1787, aproximadamente. Este seria progressivamente aperfeiçoado, em especial na graduação de suas medidas. No entanto, a estrutura básica do equipamento permaneceria. Isto levaria a uma precisão, em 1929, de 0,5 segundos²⁴. Nesta época, também as medições de distâncias seriam bastante aperfeiçoadas, pelo uso de fitas feitas de ligas metálicas sujeitas a quase nenhuma dilatação em razão do calor²⁵.

E toda esta evolução culminaria no uso de satélites artificiais para o estabelecimento de coordenadas, linhas e ângulos precisos, como os modernos sistemas de “GPS”.

Em que estado se encontrava a agrimensura no Brasil no ano em que fôra vendido o “Sitio Cabussu”?

Em obra cuja primeira edição é de 1875, ANTONIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES indicava quais eram os instrumentos empregados pelos medidores de terra. Afirmava serem absolutamente imprescindíveis, para um mínimo de qualidade no serviço,

²⁰Cf. W. BOWIE, *Notable Progress in Surveying Instruments*, in, *The Scientific Monthly*, Vol. 29, N. 5.

²¹Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, p. 61.

²²Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, adendo.

²³Cf. J. LOVE, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1a Ed., Londres, John Taylor, 1688, prefácio.

²⁴Cf. W. BOWIE, *Notable Progress in Surveying Instruments*, in, *The Scientific Monthly*, Vol. 29, N. 5.

²⁵Cf. W. BOWIE, *Notable Progress in Surveying Instruments*, in, *The Scientific Monthly*, Vol. 29, N. 5.

a agulha (uma bússola topográfica, acompanhada de uma mira, ou luneta, e um nível); a corda (na verdade, uma corrente formada por pedaços de arame de ferro ou latão, com tamanhos regulares) e a baliza (uma estaca pintada de branco e vermelho, feita de madeira forte, e com uma ponta de metal) ²⁶.

Também seriam convenientes o pantômetro (uma espécie de teodolito, destinado a medir ângulos), o esquadro de agrimensor (um cilindro ou prisma, encimado por uma bússola, destinado a medir ângulos de 45° ou 90°, somente); a régua métrica; a trena; o compasso de agrimensor; e o nível de pedreiro²⁷, além de outros instrumentos, pouco mais apurados tecnicamente.

Estes instrumentos seriam complementados por uma caderneta, em que tomaria notas do serviço feito em campo, e por material de desenho em seu gabinete, que lhe possibilitaria desenhar os mapas, tais como réguas, esquadros, compassos etc²⁸.

MACEDO SOARES também trata do “theodolito”, mas afirma que este seria dispensável nas medições particulares. Seria um instrumento caro, e, contudo, “preciosíssimo”, por medir ângulos no solo, elevações, além de ser apto a tomar a profundidade de fossos e traçar plantas, por mais complicadas que fossem²⁹.

Quanto aos profissionais que executavam as medições, narra MACEDO SOARES que havia aqueles que obtinham formação regular, engenheiros portanto, e os práticos, que então se denominavam agrimensores. Estes poderiam desempenhar o ofício se fossem aprovados por uma comissão nomeada pelo governo – composta por dois oficiais do Corpo de Engenheiros, ou duas pessoas que houvessem concluído o curso da Escola Militar, nos termos do que previa o artigo 35 do Decreto 1.318 de 30 de Janeiro de 1854, que regulamentara a Lei de Terras de 1850. Por outro lado, formação regular seria obtida, à época, na Escola Politécnica do Rio de Janeiro, ou na Escola de Minas de Ouro Preto³⁰.

²⁶ Cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juízes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 156.

²⁷ Cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juízes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, pp. 155-164.

²⁸ Cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juízes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 155.

²⁹ Cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juízes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 153.

³⁰ Cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto*

Macedo Soares indica, ainda, quais seriam as qualidades do bom medidor de terras. Em primeiro lugar, deveria ser um homem imparcial, sendo guiado por sua consciência e pela ponta de sua agulha, nunca adentrando o mérito das causas a que lhe fosse dado intervir. Ainda, deveria ser bastante ativo, e ter gravidade, com o que infundiria nos interessados a confiança no resultado de seu trabalho. Também deveria ter lhaneza, e bom trato com seus contratantes. E, além de tudo isso, deveria ter paciência, permitindo-lhe ouvir as observações, “as vezes impertinentes”, do juiz; suportar o trato “nem sempre delicado” do dono da casa; escutar sem cólera “propostas venais” das partes; e, ao fim, “sair limpo da chicana” dos advogados³¹.

Quão comuns eram as medições no Brasil? Nos dois primeiros séculos, ao que parece, não eram muito comuns, uma vez que as propriedades rurais, em geral não tinham limites muito bem definidos. No entanto, pelos rumos que a concessão das sesmarias tomaram, a sua demarcação será uma preocupação diuturna da Coroa. Em inúmeras cartas régias³², alvarás³³, decretos³⁴, e na própria Lei de Terras de 1850, exhibe-se o interesse do

Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 150. No entanto, desde 1.792 já haveria o ensino regular de engenharia no Brasil, com a criação, por Decreto de D. Maria I, da Real Academia de Artilharia, Fortificação e Desenho. Esta, a partir de 1810, passaria a ser chamada de Academia Real Militar, e, mais tarde, se tornaria Escola Politécnica e Escola de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Antes disso, apenas teria havido no Brasil aulas mais ou menos regulares, e sem caráter institucional, tais como “Aula de Fortificação” no Rio de Janeiro (1699), “Aula de Fortificação e Artilharia”, em Salvador (1710), e mesmo uma “Aula de Geometria”, em São Paulo, que teria funcionado no Convento de São Francisco, por determinação do governador D. Luiz Antônio de Souza Botelho (1770). Sobre o assunto, Cf. P. C. Silva Telles, *Evolução Histórica da Engenharia no Brasil*, in, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 397, 1997; e, do mesmo autor, *O início do ensino da engenharia: a Academia Real Militar, a Escola Central*, in, *Boletim da Sociedade Brasileira de Cartografia*, n. 50, 2003. PRIMITIVO MOACYR traz alguns dados interessantes sobre projetos no Império sobre educação que não se concretizaram. Em um memorial apresentado por Martim Francisco Ribeiro de Andrada Machado à Comissão de Instrução Pública da Constituinte de 1823 – que, não obstante tenha sido aprovado e louvado pela Comissão, foi desprezado pelo governo – propunha-se que, no final do segundo ano de um sistema escolar dividido em três, iniciado aos nove, e concluído aos dozes anos dos alunos, houvesse o estudo das “primeiras noções de geometria, particularmente as que forem mais necessárias às medições dos terrenos”; e, no terceiro ano, o “aperfeiçoamento dos métodos de agrimensura” (Cf. P. MOACYR, *A Instrução e o Império (Subsídios para a História da Educação no Brasil) – 1823 - 1853*, 1º vol., 1ª Ed., São Paulo, companhia Editora Nacional, p. 129). Proposta semelhante foi oferecida pelo deputado Januario Cunha Barbosa, em 1826, dividindo o ensino geral em quatro graus, contemplando a agrimensura já na primeira delas (‘pedagogia’), e a geometria mais avançada e a trigonometria na quarta (‘academia’); (Cf. P. MOACYR, *A Instrução e o Império (Subsídios para a História da Educação no Brasil) – 1823 - 1853*, 1º vol., 1ª Ed., São Paulo, companhia Editora Nacional, p. 150). Por outro lado, a partir de 1885 a Escola de Minas de Ouro Preto passaria a conceder o título de Agrimensor, paralelamente ao de Engenheiro de Minas. Cf. J. M. DE CARVALHO, *A Escola de Minas de Ouro Preto – O Peso da Glória*, 2ª Ed., Belo Horizonte, UFMG, 2002, p. 58.

³¹ Cf. A. J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 152.

³² As ‘cartas régias’ eram de fato cartas, dirigidas a pessoas específicas, contendo determinações do monarca (Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 369).

Governo na determinação da demarcação como requisito da confirmação da propriedade imobiliária.

No entanto, somente na segunda metade do século XIX, em que a terra começa a escassear e seu valor a aumentar, é que demarcações e medições passam a interessar também aos particulares.

Com isso, alguns conflitos surgem entre compradores e vendedores, como o relatado no início deste capítulo. No entanto, não havia consenso sobre a resposta que o direito brasileiro oferecia para o problema. Com o aumento dos casos, por outro lado, o Código Civil de 1.916, seguindo uma tendência presente em legislações estrangeiras, trouxe regra específica para solução do caso, o mesmo ocorrendo no Código Civil de 2002. Apesar disso, inúmeras questões viriam a permanecer não respondidas.

1.1 – Questões polêmicas relativas à venda de terras com diferença de área e objetivos da pesquisa.

A primeira questão de que se tratará no presente trabalho é a do modo como o direito civil brasileiro anterior à codificação tratava do problema. Como são poucos os autores que o fazem – não obstante o vulto que a questão atingiu no direito estrangeiro – e como decisões judiciais sobre o assunto somente aparecem na segunda metade do século XIX, buscou-se compreender o modo como se deu a formação territorial do Brasil, em busca de subsídios ao esclarecimento desta omissão.

Outro ponto polêmico, ainda dentro do tratamento jurídico da questão pelo direito civil anterior à codificação, é o do direito aplicável. Haveria regra no direito pátrio, ou era necessário recorrer ao direito subsidiário? O modo de funcionamento deste, e a solução para a questão será, também, objeto de análise.

De modo mais específico, também constitui ponto de debate a forma como a doutrina e a jurisprudência brasileiras oitocentistas compreendiam as obrigações do

³³ Os alvarás continham disposições análogas às presentes nas cartas de lei; contudo, em princípio estas disposições deveriam durar pelo período de um ano, apenas, distinção esta que nem sempre era seguida (Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 369).

³⁴ Os decretos continham disposições do soberano dirigidas a uma autoridade específica, como um ministro, ou tribunal, mandando-a executar aquilo que nele estava contido (Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 370).

vendedor e do comprador e a causa da tutela oferecida pelo direito na solução do problema. Para a compreensão destas questões, será analisada uma polêmica que foi travada no apagar das luzes do século XIX, a qual fornece pistas preciosas sobre o raciocínio jurídico e as fontes aplicáveis pelos juristas brasileiros desta época, herdeiros do *usus modernus pandectarum* inaugurado oficialmente em Portugal pela Lei da Boa Razão e pelos Estatutos da Universidade de Coimbra.

Já na vigência do Código Civil de 1916, algumas questões permanecem. Qual seria o fundamento da proteção concedida ao comprador de bem imóvel com deficiência de área? A solução desta questão responderá outras, que dela são decorrentes: qual é a abrangência da responsabilidade do vendedor; quais são os meios postos à disposição do comprador para fazê-la valer; e, por outro lado, qual é a responsabilidade do comprador na hipótese de a área do imóvel vendido ser maior do que o declarado.

Finalmente, na vigência do Código de 2002, surgem questões acerca de ter ou não havido a permanência da sistemática do código anterior, e, ainda, sobre o fundamento da tutela concedida ao vendedor e ao comprador. E, da análise deste, surge um ponto crucial: ainda faz sentido distinguir a venda de imóveis entre *ad corpus* e *ad mensuram*?

Com tudo isso, o objetivo da presente pesquisa é compreender como o direito civil brasileiro, ao longo da história, cuidou deste problema peculiar que é a venda de imóveis com área diferente da afirmada. Compreender, ainda, o modo como a doutrina e a jurisprudência analisaram a questão, e indagar sobre sua coerência interna. E, com base nos subsídios que a análise da evolução histórica das soluções apresentadas ao problema proporciona, melhor compreender a essência dos artigos 1.136 do Código Civil de 1916, e 500 do Código Civil de 2002.

1.2 – Da metodologia aplicada.

Compreender cientificamente uma determinada realidade é apreendê-la segundo uma atitude espiritual dirigida a encontrar aquilo que há de uniforme nesta realidade, ou ainda um sentido ou uma razão por trás dela³⁵.

Para tanto, não deve o cientista buscar conhecimento fortuito, ou casual, mas

³⁵ Cf. M. REALE, *Filosofia do Direito*, 19ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 54.

munir-se de um método, que organize seu trabalho e seu modo de pensar. É o método que dá cientificidade ao conhecimento, assegurando certa margem de segurança quanto à coerência de seus resultados, e sua adequação à realidade das coisas³⁶.

Também as ditas ciências humanas organizam o conhecimento dos objetos que lhes sejam pertinentes segundo métodos próprios³⁷, dentre elas a história e o direito³⁸, e a história do direito.

É problemática a questão de ser a história do direito parte da ciência histórica, ou da ciência do direito, ou, ainda, uma ciência autônoma.

Com efeito, ao longo do século XX um debate foi travado na Europa - em especial na Espanha³⁹, Itália⁴⁰ e Alemanha⁴¹ - acerca da posição da disciplina dentro do

³⁶ Cf. M. REALE, *Filosofia do Direito*, 19ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 55.

³⁷ Métodos estes que pretendem não apenas explicar certos fenômenos, mas também compreendê-los, e buscar seu sentido, valorando-os. O comportamento humano é dirigido a um determinado sentido, que deve ser compreendido pelo cientista social. Cf. T. SAMPAIO FERRAZ JR., *A Ciência do Direito*, 2ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 12.

³⁸ Não obstante se reconheça que a história, além de ciência, tenha também um componente de *arte*, tal como enunciado por LEOPOLD VON RANKE no alvorecer da moderna ciência histórica, em 1830. Segundo RANKE, a historiografia se distingue das demais ciências exatamente por ter este aspecto artístico. É ciência por buscar, reunir e compreender dados; mas é arte por, a partir do conhecimento obtido por este meio, recriar e retratar realidades. Ao recriar realidades, com base nos conhecimentos obtidos, atribui sentido a realidades passadas. Para tanto, algumas cautelas devem ser observadas pelo historiador: a) ter um amor puro pela verdade, que suplante eventuais simpatias por uma circunstância, um evento ou uma pessoa que se esteja estudando, sob pena de produzir retratos que reflitam as disposições do próprio historiador, e não as coisas como efetivamente se passaram; b) realizar um estudo profundo do fenômeno em si, suas circunstâncias, o ambiente em torno, abrindo-se para a realidade com honestidade, coragem, inteligência, e livre de preconceitos; c) ter um interesse por todos os aspectos da realidade, já que nesta não há separação entre política, direito, economia, cultura, ciência etc. Somente há separação dentre estes vários âmbitos enquanto objetos de ciências distintas; mas a história que pretenda captar o real deve compreendê-lo tal como se apresenta: por inteiro; d) buscar reconhecer os nexos causais entre os acontecimentos, em especial procurando o sentido das coisas como realmente se deram. Deve-se, sempre que possível, abandonar as conjecturas com base em padrões abstratos de comportamento, buscando-se dados que demonstrem as reais motivações das pessoas, e as reais causas dos acontecimentos; e) avaliar os acontecimentos com imparcialidade, isto é, sempre que houver conflito entre grupos distintos, buscar compreender cada grupo em seu próprio ambiente, e em suas próprias circunstâncias; é um erro grave julgar o passado segundo critérios do presente; f) compreender que há uma totalidade no real, não obstante deva-se saber que a compreensão do todo é impossível – o historiador contempla vislumbres do todo pela análise e compreensão de algumas de suas partes. A respeito, cf. L. V. RANKE, *On the Character of Historical Science*, in, *The Theory and Practice of History*, edited with an introduction by Georg G. Iggers, 1ª Ed., Nova Iorque, Routledge, 2011, p. 8. Originalmente publicado, a partir do manuscrito de 1830, sob o título *Idee der Universalhistorie*, in, *Historische Zeitschrift*, vol. CLXXIV (1954). Por outro lado, também tem o direito facetas técnicas e tecnológicas, ao lado de seu aspecto científico. A respeito, cf. T. SAMPAIO FERRAZ JR., *A Ciência do Direito*, 2ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2012.

³⁹ Cf. J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Jacobus, id quod ego*, 1ª Ed., Madri, Dykinson, 2003; A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953); B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. VIII, (1979).

⁴⁰ Cf. P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, Política, Storiografia*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 7 (1978); E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928); B. BIONDI, *Prospettive Romanistiche*, in, *Scritti Giuridici*, T. 1, Milão, 1965; L. DE SARLO, *Indirizzi, Metodi e Tendenze della Moderna Scienza del Diritto Romano*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. 27 (1934); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto*

quadro geral das ciências, bem como dos métodos que deveriam ser empregados a fim de ser efetivamente reconhecida como ciência.

De modo geral, havia uma crise de identidade na disciplina causada, principalmente, pela codificação, a qual parecia pôr fim - ao menos sob um ponto de vista prático - à necessidade de se organizar e bem compreender a formação histórica dos direitos nacionais e sua relação com o direito romano.

Nesse sentido, BRUNO PARADISI, segundo o qual havia na Itália na década de 1970 uma idéia ainda corrente de que caberia à história do direito fazer uma reconstrução dogmática e filológica do passado, idéia esta que, segundo ele, seria uma herança do Renascimento. Isto teria causado um cisma entre história e ciência do direito desde longa data, como o conflito, havido na Alemanha, entre positivistas (integrantes da pandectística) e os integrantes da Escola Histórica do Direito; e que teria se acentuado ainda mais com o fenômeno da codificação⁴². Após a codificação teria sido perdido de todo o sentido de se buscar os nexos de coerência de um direito do passado, sobrando à história do direito tão somente a filologia, a erudição e a mera descrição de sua estrutura. Para o autor, o que resgataria a disciplina seria a de realizar não somente a reconstrução do passado, mas, fazê-la orientada por um interesse do presente⁴³. E este interesse seria o uso do direito do passado como meio de confronto com o atual, constituindo um precioso subsídio à solução de seus problemas⁴⁴. Tal seria possível, segundo o autor, em razão da existência de uma ‘persistência’ das instituições jurídicas. O direito privado, especialmente, por ser expressão da sociedade, conteria certos institutos que guardam uma coerência que contrasta com as mudanças repentinas da história política, já que não se constitui de constructo da mera vontade de um soberano, mas do surgimento de necessidades da vida social. Tais institutos não brotam da norma posta, mas, antes, de uma exigência econômica, ou de uma valoração moral⁴⁵. Em uma interessante – e famosa - analogia, afirma que a ordem jurídica é como

romano, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961; M. BRUTTI, *Storiografia e Critica del Sistema Pandettistico*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 8 (1979); B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972).

⁴¹ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

⁴² Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972) pp. 12-17.

⁴³ Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972) p. 21.

⁴⁴ Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972) p. 37.

⁴⁵ Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972) p. 29.

um imenso relógio, dotado de infinitas engrenagens e partes móveis; algumas girariam mais rapidamente, outras menos, e outras, ainda, de modo quase invisível, mas presente, sendo necessários grandes períodos de tempo para a compreensão de sua efetiva articulação⁴⁶.

Enquanto na Espanha a preocupação dos autores era precisamente a filiação da história do direito à história ou ao direito, na Itália as discussões trataram do papel que caberia à dogmática jurídica na reconstrução dos direitos do passado. Contudo, a questão de fundo era a mesma – o fazer da história do direito é uma atividade de jurista ou de historiador? E em qualquer caso, é possível empregar o modo de trabalhar do jurista na sua formulação?

Para BETTI, o esforço de compreender um direito historicamente determinado era análogo ao de quem pretendesse reproduzir em sua mente uma obra de arte criada por um artista do passado, no intuito de contemplá-la com os olhos de seu autor, já que ambos – direito e arte – eram obras da inteligência humana. No entanto, quem pretendesse vislumbrar desta maneira uma obra de arte deveria estar ciente de que, por mais precisas que fossem as disposições do seu espírito, seria, no mínimo, enormemente difícil recriar todas as circunstâncias psicológicas e ambientais que acompanhavam o autor⁴⁷. Era, portanto, tão mais vã a ilusão de se querer conhecer um direito histórico em sua exatidão quanto mais o estudioso se apegasse à sua mentalidade moderna⁴⁸. Por outro lado, qualquer ato de conhecimento, necessariamente, teria como um de seus elementos um sujeito, cuja mentalidade não poderia ser desprezada, já que conhecer não é um ato passivo, mas antes uma *reconstrução*. O autor buscaria, a seguir, encontrar uma posição de equilíbrio: não se devia fazer *tabula rasa* da mentalidade do estudioso da história do direito; ao invés, o adequado seria tão somente afastar as noções estranhas ao objeto estudado. Não se devia, ainda, fazer um corte entre a mentalidade do estudioso e a mentalidade que inspirou a ordem jurídica estudada, ou entre os conceitos contemporâneos, e os dogmas enunciados pelos autores que lhe foram contemporâneos. O que se deveria evitar no estudo de um

⁴⁶ Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972) p. 31.

⁴⁷ Cita o autor dois exemplos bastante pitorescos: a Divina Comédia, portadora da concepção medieval da vida e do cosmos, é compreendida pelo homem moderno de forma bastante diversa daquela feita por um toscano partidário dos gibelinos e de formação escolástica; e os afrescos de Ghirlandaio e Masaccio, nas igrejas *del Carmine* e de *Santa Maria Novella*, por mais belos que pareçam a um moderno, não dirão a ele o mesmo que diriam a um pintor florentino do *quattrocento*. Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), pp. 130-132.

⁴⁸ Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), p. 133.

direito do passado, na verdade, era o uso de dogmas particulares e específicos do direito positivo dos dias de hoje, o que, por outro lado, não afastaria o uso de conceitos que, ainda que modernos, por suas características fossem úteis na compreensão do objeto estudado tal como ele efetivamente era⁴⁹.

Na Alemanha, somente a segunda metade do século XX veria surgir um debate acerca da história do direito e seus métodos, não obstante a longa tradição de estudos históricos existente no país. Os principais pontos discutidos, resumidos por Helmut Coing, foram o isolamento que o direito vinha sofrendo em relação aos demais âmbitos da cultura; e o uso do próprio direito e de suas estruturas contemporâneas na compreensão dos direitos do passado⁵⁰. Ou seja, novamente os tópicos discutidos eram bastante semelhantes ao debatido na Espanha e na Itália quanto à posição da disciplina no quadro das ciências sociais e quanto ao papel da dogmática no seu desenvolvimento. Tais questões seriam derivadas, na Alemanha, da proposta e método de trabalho da Escola Histórica, que se esgotara. Segundo tal proposta, caberia à história do direito estudar apenas a evolução orgânica das instituições jurídicas, estudo este empreendido segundo os cânones da romanística, e que acabaria distanciando a história do direito da história social e econômica, bem como aplicando aos direitos do passado os mesmos meios de compreensão do direito então vigente, que ainda era o direito romano⁵¹.

No final dos anos 70, HELMUT COING, revendo estes pontos, empreenderia um estudo que acabaria por gerar uma metodologia completa da disciplina. O autor considerava a disciplina como um ramo especializado da história, tal como a história da arte; e considerava como “direito”, para fins do seu estudo histórico, toda ordenação de uma sociedade humana mediante normas sancionadas. Isto significava que o primeiro objetivo do direito era o de alcançar a paz social, o que se obtinha pela segurança. Esta segurança dependeria da coordenação dos direitos e interesses das pessoas, da organização da cooperação entre elas e da canalização dos conflitos eventualmente surgidos em meios de solução predefinidos. Além disso, deveria o direito ser apto a fazer cumprir suas disposições, o que seria sua *realização*⁵². Com base nessa concepção, estabelece as etapas que deveriam ser vencidas por quem pretendesse conhecer um direito do passado:

⁴⁹ Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), p. 133.

⁵⁰ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 18-19.

⁵¹ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 12-13.

⁵² Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 36-40.

encontrar quais são as fontes que ensejam a ordenação da sociedade; como estas surgiram; qual é seu sentido; e como se deu – ou não - sua realização. Quanto às fontes, entende que estas variam com o tempo, de modo que, em cada situação histórica, varia a compreensão do que seja ou não fonte do direito. Para tanto, mostrar-se-ia necessário o estudo do pensamento dos juristas que a vivenciaram, e o que consideravam como fonte. E, não obstante discordasse da existência de qualquer teoria que pudesse pretender-se suprahistórica quanto a tais fontes, afirmava ser conveniente à sua compreensão a criação de certos tipos ideais, que possibilitassem classificá-las, bem como a elaboração de tipos ideais do pensamento dos juristas. Com isso, estas seriam as duas primeiras tarefas do historiador do direito: fixar as fontes do período estudado, e expor o pensamento jurídico da época a esse respeito⁵³. A partir disso, deveria passar o historiador a uma próxima etapa: a da compreensão do sentido das normas, e das instituições jurídicas que nelas habitam. E, para isso, reconhecia ser necessário o uso da dogmática – esta entendida de forma bastante semelhante à concepção de BETTI. Não obstante entendesse que os modernos conceitos jurídicos seriam em regra inservíveis para servir como parâmetro abstrato das fontes, afirma que alguns deles poderiam trazer luz à compreensão de alguns casos concretos – por exemplo, classificar normas que tratem de contratos conforme digam respeito à divisão dos riscos entre os sujeitos, ou a alterações sofridas pela prestação. O autor vai ainda mais além: em alguns casos, até mesmo a experiência profissional do historiador como jurista pode ser útil, pelas percepções que pode despertar⁵⁴. Estas condições subjetivas do historiador seriam inafastáveis (ainda que idealmente se devesse compreender o direito do passado sempre à luz de sua própria mentalidade). E o que traria cientificidade à disciplina, portanto, não seria a disposição do sujeito cognoscente, mas o correto uso da hermenêutica e das fontes. As hipóteses formuladas pelo historiador do direito deveriam sempre basear-se numa interpretação de fontes, passível de verificação, e, portanto, dotadas de cientificidade⁵⁵.

Por outro lado, a história do direito não deveria se limitar à análise de questões técnicas, mas integrar estas últimas dentro de uma problemática mais ampla, que abrangesse a ordenação da sociedade como um todo e sua cultura; como, por exemplo, ao estudar certas normas que perduram ao longo do tempo, e outras que sofrem mutações

⁵³ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 45-48.

⁵⁴ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 50.

⁵⁵ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 27-31.

repentinamente, fazê-lo de modo vinculado à compreensão da existência de certas tradições, bem como revoluções, cujas consequências se espalham no direito. Os vários pontos desta assim dita ordenação ampla da sociedade serviriam como condicionantes do direito estudado, tais como as relações de poder e legitimidade, a cultura econômica e a própria economia, as idéias religiosas e morais etc⁵⁶. No entanto, há dificuldades nesta integração entre questões técnicas e circunstâncias; como deve o historiador do direito empreendê-la? O autor aponta dois modos de fazê-lo. O primeiro, menos adequado, seria por meio de uma exposição geral das circunstâncias históricas do momento (*globale Verknüpfung*). Isto apresentaria dois possíveis inconvenientes: o de gerar algo que fique tão somente justaposto à questão técnica estudada, sem estar rigorosamente conectado a ela; e o de o historiador se deixar levar por sua compreensão do mundo, enxergando uma ‘marcha da história’ que tudo condiciona, ou certos prismas conceptuais abrangentes⁵⁷. Já o segundo seria o de se fazer uma “concatenação especial” (*spezielle Verknüpfung*): a elaboração de uma conexão da norma estudada a um elemento especial da cultura total, demonstrando-se a existência de uma ligação específica por meio do uso de fontes⁵⁸.

Feito isto, a próxima tarefa do historiador seria a de verificar o efetivo cumprimento dos preceitos jurídicos analisados, a sua *realização*. Para tanto, deveria

⁵⁶ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 51-56.

⁵⁷ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 55-57. O autor ressalta que há, ao longo da história, rupturas e continuidades, devendo o historiador estar aberto a ambas. Seria de todo inadequado crer em uma evolução permanente e total do direito, em um certo sentido que o move, já que, com frequência, há rupturas; e, por outro lado, não se pode negar peremptoriamente que alguns institutos jurídicos evoluam. Caberá ao historiador construir as conexões entre normas e circunstâncias históricas relacionadas, compreendendo que se trata de um fenômeno que vai além das fronteiras de cada país; em que há o peculiar fenômeno da *recepção* de outros direitos, e que esta ocorre de maneira diferente em cada situação; e que toda evolução, se existente, não ocorre por si mesma, mas pela atuação de seres humanos (Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 76-81).

⁵⁸ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 60-61. O autor cita dois exemplos interessantes. O primeiro deles é o do desaparecimento das ordálias, ou juízos de Deus, no direito processual do século XIII, e sua substituição por provas racionais. Uma exposição geral se limitaria a ligar o fato ao chamado “renascimento do século XII”. Já uma concatenação especial indicaria que em certas cidades surgiram privilégios nesse sentido, por exigência dos cidadãos; que o cânon XVIII do Concílio de Latrão proibiu os clérigos de presenciarem as ordálias; e que alguns teólogos as rechaçavam, como tentações a Deus. Tais fontes permitiriam a formulação de uma hipótese empiricamente comprovável. O outro seria o da estruturação do registro de imóveis na Alemanha do século XIX. Uma análise global o explicaria com base na expansão do comércio e do crédito. Já uma observação mais próxima resultaria na compreensão de que a estruturação do registro derivou de uma situação político-econômica específica: um pensamento de que a exploração racional da agricultura deveria anteceder a industrialização do país, sob pena de todos os créditos fugirem para esta, pensamento este que teria inspirado diretamente a constituição do registro de Hamburgo, a partir dos interesses de certos grupos de proprietários de imóveis (Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 62-64).

compreender o poder que os garante; a organização institucional que disciplina este poder; os homens que integram esta organização, e nela ocupam cargos; como efetivamente funcionavam estas instituições, o que abrange, por exemplo, saber quanto tempo duravam os processos, quanto havia de corrupção etc; e, finalmente, se as pessoas efetivamente recorriam a elas, se observavam os preceitos fixados, e o que foi ou não eficaz⁵⁹.

Com tudo isso, integraria a história do direito ao âmbito da história em geral, tirando o fenômeno jurídico de um estado de sublimação da realidade, sem, contudo, abrir mão do uso de conceitos jurídicos modernos onde se mostrem necessários à análise.

Em Portugal e no Brasil pouco se escreveu sobre o tema da metodologia da história do direito.

Em Portugal, no final dos anos 60, CABRAL DE MONCADA revelou uma visão bastante jurídica da história do direito, não obstante não tenha adentrado este debate de forma expressa. Para ele, caberia ao historiador do direito buscar os nexos entre as próprias instituições jurídicas, como conceitos construídos pelo espírito. O que deveria ser buscado era sempre o sistema que os articulava, e não qualquer tipo de *causa* das normas e instituições – causa esta entendida em sentido naturalístico. Caberia ao historiador em geral buscar a causa de uma guerra, ou do advento de um certo regime econômico; mas não ao historiador do direito. O papel deste seria reconstruir sistemas jurídicos, e explicá-los pelas relações lógicas e espirituais, e não com base nos demais fatos sociais. Somente este modo de se construir a história do direito preservaria sua utilidade no ensino jurídico⁶⁰.

Duas décadas depois, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA exporia opinião bastante diferente. O autor aludia à questão da posição que a história do direito deveria ocupar dentre as disciplinas históricas e jurídicas, expondo, sucintamente, as idéias daqueles que entendem que a história do direito se trata de ramo da ciência da história, e a outra, que entende tratar-se de ramo da ciência do direito. Se fosse entendida como parte da ciência histórica, integraria a chamada “história genética”, pela qual se teria por objetivo compreender fatos, idéias e instituições do passado em sequência, ou em nexos de dependência orgânica, dentro de um processo causal e teleológico⁶¹. Sob esta concepção, ter-se-ia como objetivo explicar os fenômenos jurídicos do passado, e não apenas descrevê-

⁵⁹ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 65-67.

⁶⁰ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, pp. 206-211.

⁶¹ Segundo JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, a história “genética” ou “científica” é aquela que se inicia no século XIX, especialmente pela obra de Niebuhr e Leopold Von Ranke, sendo alçada à categoria de ciência pelo amplo uso e crítica das fontes. Cf. J. H. RODRIGUES, *Teoria da História do Brasil: Introdução Metodológica*, 3ª Ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1969, pp. 52-53.

los. Já como parte da ciência jurídica, estaria ao lado de dois outros modos de se estudar o direito, que são a dogmática - a compreensão técnica das normas vigentes; e a filosofia do direito - que considera o fenômeno jurídico de forma supratemporal, e discute seus fundamentos. À história jurídica do direito caberia o papel de estudar instituições e princípios jurídicos no seu passado, buscando saber como e por que surgiram⁶².

E conclui que a história do direito nunca será propriamente uma ciência jurídica, mas antes um ramo da ciência histórica que se vê profundamente influenciado pelas particularidades do seu objeto, sendo, portanto, tributário das duas ciências, que se complementam⁶³.

MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, ainda, trata do objeto da disciplina, e de seus métodos.

Quanto ao objeto, afirma que, sob este ângulo, a história do direito pode ser considerada de três maneiras: a história *das fontes*, cujo objeto seria o estudo destas consideradas como fundamento de validade do direito, ou como os órgãos que as criam, ou como os modos de sua revelação, ou como os diplomas que as contêm, ou, ainda, como as suas origens sociais; a história *das instituições*, cujo objeto é o direito em si mesmo, tal como se apresenta na norma jurídica do momento histórico estudado, bem como se tais normas eram efetivamente aplicadas, ou se, por outro lado, constituíam letra morta; e a história do *pensamento jurídico*, cujo objeto – em si, sujeito a questionamentos, por sua amplitude – consistiria na formação e no modo de pensar do jurista atuante em uma certa época, ou ainda integrante de uma certa corrente de pensamento; seria a atividade científica, cultural e prática que acompanha o direito⁶⁴.

Quanto ao método, apresentava os vários modos de se fazer a história do direito. Inicialmente, tratava da distinção entre história interna e história externa do direito. Em um sentido clássico, tal como formulado por Leibniz, a história interna seria a história do direito propriamente dita, buscando compreender os sistemas jurídicos do passado em suas articulações internas; e a história externa buscaria a compreensão dos fatores que repercutiram nesta ordem jurídica, não obstante não fossem propriamente jurídicos, tais como a política, economia, organização social e religiosa etc. Já em um sentido mais moderno, história interna seria o estudo das instituições jurídicas do passado, ao passo que

⁶² Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 23-28.

⁶³ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 25.

⁶⁴ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29-31.

história externa seria o estudo das fontes (tal como apresentados retro)⁶⁵. A seguir, apresentava a distinção entre história geral e história especial do direito. A história geral pretenderia fornecer uma visão de conjunto do direito de uma determinada época, ao passo que a história especial teria por objetivo estudar as instituições jurídicas de maneira individual e pormenorizada⁶⁶. Finalmente, distinguia a história, ainda, segundo o método cronológico ou monográfico. O método cronológico consistiria na exposição das fontes, instituições e pensamento jurídico ao longo de certos períodos preestabelecidos, fornecendo uma visão de conjunto; já o método monográfico consistiria na análise da linha evolutiva de certas instituições consideradas individualmente, sem que houvesse, necessariamente, preocupação com as demais instituições que lhe eram contemporâneas⁶⁷.

No Brasil, LUIZ CARLOS AZEVEDO também considerava a história do direito como disciplina da história e do direito. Não se conformava com a mera descrição dos fenômenos jurídicos, mas buscava compreendê-los e explicá-los. Por essa razão, seria fundamental a compreensão do direito sob a perspectiva histórica, já que este não surgiu do nada, tendo sido sempre estado condicionado às circunstâncias de cada época⁶⁸. Já RICARDO MARCELO DA FONSECA considera que há história do direito sempre que o objeto de estudo histórico seja constituído por questões propriamente jurídicas, não aparecendo o direito meramente como instrumento de compreensão de realidades econômicas, sociais etc. Nestes casos, a investigação levaria em conta uma compreensão interna das fontes⁶⁹. Em sua obra sobre a metodologia da disciplina, o autor, a seguir, realiza uma exposição da evolução da metodologia da história em geral, apresentando pontos de conexão com a história do direito. E conclui pela necessidade imperiosa de se abandonar a exposição do direito passado como uma teia harmoniosa, quando, na verdade, em geral resulta de conflitos o que, segundo o autor, acabaria por justificar e legitimar o direito atual. Ainda, afirma que se deve desconfiar de qualquer exposição que apresente o passado do direito ocidental como uma justaposição tranquila de direito romano, canônico e germânico. Finalmente, a história do direito não poderia se satisfazer com a função de auxiliar na

⁶⁵ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 32-33.

⁶⁶ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 33-34.

⁶⁷ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 34-36. CABRAL DE MONCADA entende ser inexequível qualquer exposição histórica que separe a história das fontes da história das instituições, empregando-se o critério cronológico quanto às primeiras, e o monográfico quanto às segundas. Apenas aplicando-se o método cronológico a ambas, captando-se uma evolução conjunta, seria possível obter a unidade do direito (Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, p. 181).

⁶⁸ Cf. L. C. DE AZEVEDO, *Introdução à História do Direito*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 2005, pp. 22-23.

⁶⁹ Cf. R. M. FONSECA, *Introdução Teórica à História do Direito*, 1ª Ed., Curitiba, Juruá, 2010, p. 34.

compreensão do direito atual, já que não trata apenas da história das leis, mas também das situações concretas da vida⁷⁰.

Adota-se no presente a perspectiva de ser a história do direito parte integrante da ciência do direito em geral, em razão de seu objeto, de sua finalidade, e de seus métodos.

Quanto ao objeto, este é o direito, entendido de forma ampla, tal como formulado por HELMUT COING: ordenação de uma sociedade humana mediante normas sancionadas. Isto abrange as normas de conduta, mas também tudo aquilo que abrange sua ‘ordenação’: a jurisprudência, o pensamento dos autores que a estudaram e desenvolveram e aquilo que os influenciou, e as instituições que lhe foram contemporâneas, resultando no modo com que as normas sancionadas foram efetivamente compreendidas e aplicadas.

Quanto ao método, pretende-se reconstruir o direito do passado com base em subsídios fornecidos pelas fontes que lhe eram contemporâneas. No estudo do problema concreto das vendas com deficiência de área, algumas categorias dogmáticas são fundamentais, como obrigação, inadimplemento, vício redibitório, defeito, dentre outras. E, seguindo as advertências dos teóricos da metodologia da história do direito, no sentido de se evitar projetar os dogmas do presente em um direito do passado, a pesquisa será feita – tanto quanto possível – empregando-se conceitos e o modo de pensar da própria época. Por essa razão, toda a análise da compreensão que a doutrina e jurisprudência brasileiras oitocentistas tiveram do problema será feita com base nos argumentos proferidos na polêmica entre PEDRO LESSA e CAMPOS TOLEDO, nos conceitos por eles formulados, no seu método de expor sua argumentação, e nos autores por eles citados – os quais revelam o horizonte de sua compreensão global do fenômeno jurídico.

Os preceitos do direito privado em geral surgem de certas necessidades ou experiências humanas que ocorreram em alguma época e lugar. Abandonar estas experiências priva o direito de um substrato fundamental, o que, por vezes, leva a conclusões tautológicas. Assim, a compreensão do modo como se formou um instituto jurídico é fundamental à sua compreensão, ainda que o direito do presente tenha disciplinado a questão de outra maneira. Dessa maneira, quanto à finalidade, tem-se a história do direito como um meio imprescindível de se compreender o direito do presente, sem o qual conceitos como ‘*ad corpus*’ e ‘*ad mensuram*’, como se verá, tornam-se meros fetiches e jogos de palavras.

⁷⁰ Cf. R. M. FONSECA, *Introdução Teórica à História do Direito*, 1ª Ed., Curitiba, Juruá, 2010, pp. 160-161.

1.3 – Da periodização adotada.

Não se pretende adentrar aqui na discussão sobre a legitimidade ou ilegitimidade das periodizações. Reconhecemos que os períodos são criações artificiais do historiador, mas, ainda assim, aqui serão utilizados em virtude de sua utilidade na exposição do objeto tratado. Os períodos facilitam a exposição, e permitem uma compreensão mais adequada da história – já que, como disse NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, o historiador não realiza um mero registro de fatos sucedidos no tempo, mas os organiza segundo características comuns que permitem seu agrupamento. E cada novo período deve ser definido em função do que há de novo e dominante, abstraindo-se aquilo que permanece sem mudança⁷¹, gerando uma medida aproximada, e, inegavelmente, carregada de uma visão subjetiva do historiador⁷².

Tratando especificamente da periodização da história do direito privado, Cabral de Moncada expõe os critérios que tradicionalmente foram empregados em Portugal. O primeiro deles teria sido o critério ‘étnico-político’, o qual amarra o direito aos outros fatos sociais partindo do princípio de que aquele é uma decorrência destes. Suas mudanças acompanhariam as mutações sociais e políticas do país. Este modelo levaria a graves artificialismos, já que, tratando-se de direito privado, é bastante frequente que os seus institutos sobrevivam inalterados ao longo de muitos regimes políticos diferentes⁷³.

Uma segunda periodização seria a feita com base no critério ‘jurídico externo’, pelo qual a base da divisão seria a estrutura ou o modo de ser das fontes do direito. No entanto, este modo teria o inconveniente de não permitir a elaboração de um quadro original e seguro dentro do qual seria descrita a evolução das instituições, e o de, no final das contas, acabar coincidindo com a evolução política do estado – recaindo no critério étnico-político⁷⁴.

Um terceiro modo de se realizar a periodização – mais adequado, segundo a

⁷¹ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, pp. 34-36. No mesmo sentido, Orestano entende que o problema da periodização recebe uma importância excessiva dos teóricos da história. Segundo ele, o valor da periodização é de ordem prática e didática, e esta deve ser feita sempre que houver rupturas na ordem dos fatos que sirvam como pontos de referência. Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 633.

⁷² Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, p. 182.

⁷³ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, pp. 183-186.

⁷⁴ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, p. 188-189.

perspectiva do autor – seria o de se empregar o critério das mentalidade jurídica dominante em cada época: seus quadros lógicos, perspectivas, visão de mundo etc. Somente assim se obteria uma periodização criada com base em critérios oriundos do próprio direito⁷⁵, preservando-se, ainda, a obtenção de categorias e conceitos próprios de cada época, reconduzidos ao “espírito de sistema” que os anima⁷⁶.

Não obstante a advertência de CABRAL DE MONCADA, a divisão aqui proposta, entre direito civil anterior à codificação, direito civil na vigência do Código Civil de 1916, e direito civil na vigência do Código Civil de 2002 mostra-se inafastável.

A fase anterior à codificação encerra uma série de problemas – como o do direito subsidiário – que não fazem qualquer sentido considerando-se um direito civil codificado, ainda que as soluções para um determinado problema concreto permaneçam essencialmente as mesmas. Dessa maneira, imprescindível destacar esta fase do direito anterior à codificação das demais.

Quanto à divisão levando-se em conta os dois códigos civis brasileiros, aqui o critério aplicado é outro: o da solução adotada.

Se, não obstante, o pensamento jurídico subjacente seja essencialmente o mesmo, de forma a permanecerem perfeitamente aproveitáveis à compreensão do Código Civil de 2002 os trabalhos elaborados pelos juristas brasileiros do século XX, houve uma mudança no tratamento de nosso problema concreto da venda de terras com diferença de área, razão por que feita a criação de um novo período.

⁷⁵ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, p. 191-194. Com base neste critério o autor divide a história do direito privado português em seis períodos, correspondentes a seis sistemas jurídicos distintos: um sistema primitivo, ou ibérico, que perdura até a Constituição de Caracala; um sistema do direito romano vulgar, que perdura até a Lex Visigothorum Recesvindiana; um sistema romano-gótico, que perdura até o século xi; um sistema germânico, que perdura até o reinado de Dom Afonso III, no século XIII; um sistema do romanismo justinianeus, que perdura até a reforma dos estatutos da universidade e as primeiras tentativas de codificação; e um sistema do direito natural e de individualismo crítico, que perdura até a atualidade (Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, pp. 195-199).

⁷⁶ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, pp. 203-205.

2 – O tratamento do problema pelo direito civil brasileiro anterior à codificação.

2.1 – Contexto histórico geral: A produção agrícola e o uso da terra.

Há um traço histórico que marca a história do Brasil ao longo de todo o período colonial, e mesmo o monárquico: a economia agrícola. Ainda na penúltima década do segundo reinado, nos anos de 1871 a 1880, cinco produtos – café, açúcar, algodão, fumo e cacau – respondiam por 82,5% do valor total das exportações do país⁷⁷.

O clima e a grande extensão do território brasileiro levaram a um revezamento de centros de produção e gêneros agrícolas produzidos, havendo uma convivência entre produtos tipicamente tropicais, para exportação – cana-de-açúcar, café, borracha, cacau, algodão e fumo – e outros, destinados à alimentação de seus habitantes – milho, mandioca, feijão, abóbora. Esta atividade agrícola era complementada por uma pecuária de pastoreio, de baixo rendimento⁷⁸ em razão da má qualidade das pastagens naturais, e pela criação doméstica de porcos e aves de pequeno porte⁷⁹. E foi precisamente a atividade agropastoril que possibilitou a penetração do homem no território, na busca por solos e pastagens de melhor qualidade no interior do país⁸⁰, e atendendo a uma necessidade

⁷⁷ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. VI, 8ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2012, p. 142.

⁷⁸ Segundo CAIO PRADO JUNIOR, a criação de gado no sertão envolvia aproximadamente duas cabeças por quilômetro quadrado, e cada res não fornecia mais de 120 Kg de carne, de baixa qualidade e pouco valor. Cf. C. PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011, p.45.

⁷⁹ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. I, 16ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2008, p. 69.

⁸⁰ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro,

de o gado – criado solto – não destruir as plantações⁸¹.

Como eram as propriedades rurais nestes primeiros séculos de Brasil? Três traços interessam especialmente ao nosso objeto de estudo: o baixo valor da terra; as grandes dimensões; e as divisas mal definidas.

2.1.1 – O baixo valor da terra.

A terra ocupada pelos engenhos que produziam açúcar não abrigava apenas canaviais. Na verdade, por vezes estes ocupavam sua menor parte. A maior parte era ocupada por matas e por roças onde se produziam culturas destinadas à alimentação e se criava gado, áreas estas que, por vezes, eram arrendadas a pequenos lavradores⁸². Cabia a estes realizar a derrubada das matas, criando novas áreas de produção agrícola.

Os solos desmatados eram profundos e férteis, e, em geral, a terra apta à produção agrícola abundava. Por essa razão, não havia qualquer pressão econômica que ensejasse sua preservação ou recuperação, ou, ainda, que demandasse a obtenção de novas tecnologias no seu cultivo. Era mais barato desmatar do que adubar. Quando a terra se tornava inapta à produção, em razão de seu esgotamento, mudava-se para uma nova área⁸³. Com isso, ocorria uma verdadeira ‘agricultura extrativa’, em que eram ‘bombeados’ os recursos naturais do solo, com o objetivo de um máximo e rápido proveito⁸⁴.

Também estimulava esta prática a voracidade dos engenhos no consumo de lenha. Enquanto nas colônias inglesas, francesas e holandesas empregava-se o bagaço da cana moída nas caldeiras, no Brasil estas eram alimentadas com madeira extraída das matas, e a ‘bagaceira’ da cana incinerada quando, por seu volume, causava incômodo. E a escassez de árvores, por vezes, inviabilizava o prosseguimento de suas atividades, resultando em engenhos abandonados⁸⁵.

A prática predatória permaneceria no século XIX com a lavoura cafeeira. No vale do Paraíba, em São Paulo, os cafezais eram cultivados em morros e declives, os quais,

Bertrand Brasil, 2011, p. 202.

⁸¹ Cf. M. CORREA DE ANDRADE, *A Questão do Território no Brasil*, 2ª Ed., São Paulo, Hucitec, 2004, p. 45.

⁸² Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 232.

⁸³ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 228.

⁸⁴ Cf. C. PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011, p.88.

⁸⁵ Cf. C. PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011, p. 88.

uma vez desmatados, acabavam sofrendo rapidamente a atuação das intempéries. E mesmo o plantio dos cafeeiros era feito da forma mais simplista e rápida possível: em fileiras de linha reta, perpendiculares à encosta, o que em muito favorecia a ação da erosão. O enfraquecimento da terra não levava a tentativas de correção no modo de produzir, pelo uso de novas técnicas, mas ao abandono das propriedades, e sua substituição pelas terras férteis localizadas no oeste paulista⁸⁶.

Por outro lado, se a terra abundava a ponto de se poder desperdiçá-la, a mão de obra era escassa. A riqueza de um senhor de engenho não se media pela extensão das suas terras, mas pela quantidade de escravos que possuía. Um engenho medíocre, mas viável, contaria com ao menos 40 escravos; um engenho com menos de 80 escravos seria, ainda assim, considerado um engenho “fraco”. E um grande engenho teria centenas deles, como o de “Sergipe do Conde”, que, no século XVIII contava com 150 a 200 escravos; e o engenho da Ordem de São Bento, no Rio de Janeiro, que contava com 432⁸⁷. Segundo o então deputado deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, em discurso proferido na Câmara no dia 24 de julho de 1843, não se considerava riqueza possuir seis ou oito léguas de terra⁸⁸.

O baixo valor das terras e a pouca eficiência da atividade agrícola no Brasil ficariam bem evidenciadas quando da discussão no parlamento acerca da Lei de Terras de 1850.

Sobre a falta de mão de obra, tratou o senador Vergueiro, em sessão do dia 15 de maio de 1840:

“É necessário que primeiramente se observe que o nosso problema é diverso do da Europa. Na Europa trata-se de tirar a maior utilidade possível de um terreno dado; nós porém procuramos tirar a maior vantagem de um trabalho dado; na Europa os terrenos faltam, e sobra quem trabalhe; a nós o terreno sobra, e falta-nos quem trabalhe; o problema dos nossos agricultores não é fazer que uma pequena porção de terreno dê a força de trabalho a maior soma de produtos possível, mas sim (o que é mais lucrativo) que de muito

⁸⁶ Cf. C. PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 1a Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011, p.164.

⁸⁷ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 235.

⁸⁸ Cf. *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão do dia 24 de julho de 1843, p. 390.

terreno com pouco trabalho se tirem muitos produtos; e aqueles que adotam os princípios da Europa ficam perdidos, não fazem vantagem alguma, não podem concorrer com aqueles que seguem o método do país”⁸⁹.

O baixo valor das terras também fica bastante evidente nas discussões do Senado. A respeito de um valor mínimo a ser fixado para a venda das terras devolutas, manifestou-se o senador Costa Ferreira em sessão datada de 13 de Setembro de 1848:

“Ora, senhores, eu perguntarei ao nobre senador que tem mais experiência, não digo ao Sr. Visconde de Abrantes, porque, se bem que reconheça a sua ilustração, vejo que ele não tem experiência do Brasil, consinta que lho diga: foi novo para a Europa, lá estudou, e agora no seu gabinete olha para as suas teorias, acha-as bonitas, entende que são conformes à utilidade do Brasil e escreve; mas, pergunto, quem é que hoje em dia há de dar por uma légua de terra 18 contos de réis? É isto possível? Pode se conseguir? Ao menos na minha província as terras mais nateiras, matas virgens, custam quando muito 20 mil cruzados; como quer o governo que se venda por 18 contos? Se esta lei se fosse a pôr em prática em Maranhão, junto a umas terras que tenho no interior, se o governo as quisesse vender, eu diria: - Oh! Amigo, não compreis ao governo uma légua de terra por 18 contos de réis, eu vo-la dou a 20 mil cruzados!”⁹⁰.

⁸⁹ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 7ª Legislatura, sessões de setembro a outubro de 1848, Senado Federal, Brasília, 1978, p. 160.

⁹⁰ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 7ª Legislatura, sessões de setembro a outubro de 1848, Senado Federal, Brasília, 1978, p. 181. Segundo Caio Prado Junior, em tal época quatro mil-réis (Rs. 4\$000) valiam – nominalmente e sem possibilidade de conversão em metal – uma oitava de ouro (3,586 g), correspondentes, no câmbio com a Inglaterra, a 27 *pence* (Cf. C. PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011, p.357). 18 contos de réis (18.000\$000), portanto, seriam equivalentes a 121.500 *pence*, ou, segundo o sistema britânico pré-decimal, 506,25 libras. Segundo um relatório apresentado ao parlamento britânico, entre 1848 e 2005 o poder de compra da libra diminuiu 79,71 vezes (Cf. D. WEBB, *Inflation: the Value of the Pound 1750-2005*, in, *House of Commons Research Papers*, (06/09) (2006). Dessa maneira, os 18 contos de réis valeriam, em 2005, aproximadamente 40.353,18 libras. Não é simples, por outro lado, definir o que significa uma légua. Costa

Em 20 de julho de 1850 o mesmo senador continuou mostrando seu descontentamento com a nova lei, em especial com a imposição de um novo imposto territorial sobre as propriedades, ocasião em que faria um diagnóstico da situação da agricultura nacional:

“Sr. presidente, pergunto eu, qual é a sorte do lavrador brasileiro? Qual é o estado dos seus conhecimentos agrônômicos? Vamos pesar bem todas essas coisas, para ver se com efeito podemos impor um semelhante tributo sobre esses indivíduos. Desgraçadamente, Sr. presidente, os nossos lavradores na cultura dos seus plantios, na cultura das suas terras, seguem a máxima avessa à que se segue na cultura das terras das nações civilizadas. É regra geral, Sr. presidente, que toda a lavoura, para que não se lança mão, primeiro, precisa de máquinas e matérias brutas, segundo, de animais irracionais, e ultimamente dos braços de homens, essa lavoura não pode prosperar, e tanto assim é que esta é a regra observada em todos os países onde os conhecimentos agrônômicos estão mais desenvolvidos. Nós, pelo contrário, lançamos primeiro mão dos braços do homem; e de que homem, Sr. presidente? Desses desgraçados da terra da África; homens inteiramente ignorantes, homens escravos, e com isto tenho dito tudo; porque um homem que é escravo

Porto apresenta inúmeras possibilidades: quatro milhas; três milhas; três mil braças. Era problemático, ainda, aplicar a légua – medida de extensão – às medições de área. Com esta finalidade, haveria ‘léguas ordinárias’, que ora significam um quadrado cujos lados têm a mesma medida, ora significam um retângulo em que muda a extensão, mas a largura é sempre de uma légua; e ‘léguas em quadro’, que significam um quadrado com lados com a mesma medida (Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.76); e, problematicamente, em geral não se especificava nos documentos de qual se estava tratando. Atualmente, tem-se que a légua mede, no Brasil, seis quilômetros (Cf. F. J. CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, Vol. III, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Delta, 1964, p. 2349), medida esta que será aqui utilizada apenas para se fornecer uma idéia do valor da terra no Brasil oitocentista. Dessa maneira, uma vez que uma légua quadrada mediria, no Brasil, 36 quilômetros quadrados, equivalentes a 3.600 hectares, a estimativa de 18 contos por légua – julgada excessiva pelo senador – resultaria em 2005 num valor de 11,20 libras por hectare de terra. Quanto ao preço tido por ‘realista’, fixado em cruzados – moeda corrente que, segundo o dicionário Caldas Aulete, valia 400 réis – seria este equivalente a 800 mil-réis (Rs. 800\$000), e, portanto, a 5.400 *pence*. Estes 5.400 *pence* equivaleriam a 22,5 libras de 1848, e a 1.793,47 libras de 2005; resultando em um preço de 0,49 libras por hectare.

tem perdido mais da metade de sua alma. É desses homens ignorantes, é dos escravos, que o agricultor brasileiro primeiramente se serve; e já vê V. Exa. Como a nossa lavoura poderá marchar; homens, Sr. presidente, que dizem continuamente: "Serviço de branco nunca se acaba; e portanto trabalhem sempre com preguiça, trabalhem sempre vagarosamente"; além das contínuas mortes que sofrem estas primeiras máquinas de que os nossos lavradores lançam mão, além da inquietação em que eles estão pela incerteza da sua propriedade. Depois, Sr. presidente, de que lançam mão os nossos lavradores? Lançam mão de animais, é a segunda máquina de que eles se servem; mas, pergunto eu, qual é a educação desses animais? Quais as escolas estabelecidas pelo governo que nos ensine a maneira de trabalhar esses animais? E qual é o resultado disto? Aquilo que podemos fazer com dois bois, fazemos com três. Vamos ao último meio de que nos países civilizados os lavradores lançam mão, as máquinas; existem elas entre nós? Não podemos dizer francamente que, com poucas exceções, nos é desconhecido o seu uso? É, portanto, neste estado desgraçado da lavoura, que os nobres senadores ousam impor tributos sobre esses desgraçados?"⁹¹.

Com o que se pode concluir que era baixo o valor da terra no Brasil da época, situação que perdurará pelo menos até a segunda metade do século XIX. Com efeito, estas circunstâncias comprometiam até mesmo o fomento e a eficácia de um sistema de crédito baseado em hipotecas: em tal época, os bens que garantiam o crédito eram as benfeitorias ligadas ao solo e os escravos, considerados de elevada expressão monetária. Hipotecas, quando feitas, tinham por objeto prédios urbanos, o que facilitava o fomento dos comerciantes, mas dificultava a obtenção de crédito pelos produtores rurais ⁹².

⁹¹ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 8ª Legislatura, Sessões de julho de 1850, Senado Federal, Brasília, 1978, pp. 392-393.

⁹² Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. VI, 8ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2012, p. 159.

2.1.2 – As grandes dimensões das propriedades e os limites mal definidos: as sesmarias.

Também são características marcantes das propriedades rurais dos quatro primeiros séculos do Brasil as suas grandes dimensões e a pouca precisão na definição de seus limites, o que se explica pelo modo como se deu a formação da propriedade territorial no país.

Esta inicia-se pela concessão de capitanias-donatarias, as quais não consistiam na mera transmissão da terra, mas na delegação de uma série de competências da coroa – as quais, em razão da distância, e das renhidas lutas que se esperava ter de travar com os nativos, e com as potências estrangeiras, eram substancialmente maiores do que as que haviam recebido os donatários dos arquipélagos atlânticos portugueses, como a Madeira, Açores e Cabo Verde⁹³. Estas capitanias eram hereditárias, inalienáveis e indivisíveis, e sujeitavam-se a certas regras especiais de sucessão que diminuía a chance de retornarem ao monarca por falta de herdeiros⁹⁴: na falta de filhos legítimos, deferia-se a herança aos filhos ilegítimos, ascendentes e colaterais. Ainda, seus titulares desfrutavam do poder de nomear capitães, governadores, ouvidores, meirinhos, escrivães e tabeliães; deveriam perpetuar seu nome de família e ostentar as armas correspondentes; e detinham, ainda, jurisdição cível e criminal, podendo mesmo determinar a morte ou mutilação de peões, índios e escravos; dentre outras atribuições, que variaram com o tempo⁹⁵.

Dessa forma, gozava o titular da capitania de posição mais semelhante à de governador de província, do que de proprietário⁹⁶, não podendo jamais cindir a capitania

⁹³ Cf. J. COUTO, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998, p. 222.

⁹⁴ Estas regras especiais diziam respeito à não aplicação da chamada “lei mental” – plano político concebido por Dom João I, auxiliado pelo famoso “João das Regras”, pelo qual doações já realizadas eram desfeitas, ou às quais eram aplicadas certas restrições não expressadas quando de sua celebração, como, por exemplo, a não transmissibilidade a certos herdeiros. Cf. W. M. FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, pp.38-39.

⁹⁵ Cf. J. COUTO, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998, p. 223.

⁹⁶ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 114. Capistrano de Abreu chega mesmo a considerar o sistema de capitanias como uma “organização feudal”, na qual o monarca, mais do que assegurar sua própria autoridade, buscou dar aos donatários meios de evitar usurpações (cf. J. CAPISTRANO HONÓRIO DE ABREU, *Capítulos de História Colonial (1500-1800)*, 7ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 2000, p. 67). Também tem esta opinião ISIDORO MARTINS JUNIOR, já que o regime das capitanias contemplava um modo de ser da propriedade territorial tal

de seu governo⁹⁷.

No tocante às terras, o titular da capitania poderia cultivá-las diretamente, arrendá-las, emprazá-las⁹⁸, ou, ainda, concedê-las, em regime de sesmaria⁹⁹, a qualquer

que esta era recebida de um superior, e transmitida hereditariamente íntegra e sem divisão; o fato de esta propriedade estar vinculada a um conjunto de obrigações pessoais; o fato de esta propriedade incorporar certos elementos de soberania; e, ainda, o de haver uma hierarquia ligando os vários titulares do solo, como ocorria entre o rei, o capitão, os sesmeiros e os que fossem vinculados a estes últimos (Cf. I. MARTINS JUNIOR, *História do Direito Nacional*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia da Empresa Democratica Editora, 1895, p. 172). Para WALDEMAR MARTINS FERREIRA tal não é adequado. Em primeiro lugar, não havia no novo território pessoas que fizessem às vezes dos servos, tal como ocorrido na idade média europeia; ainda, o titular da capitania recebia detinha a propriedade de tão somente um certo trecho de terras, o qual seria explorado por ele diretamente; quanto ao restante da capitania, seria apenas um administrador, com poderes delegados da coroa. Não agiam como barões ou condes, mas como representantes do monarca. E seus poderes não eram maiores do que o de outros administradores no real serviço (Cf. W. M. FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, pp. 56-60). JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES discorda, apontando elementos que fazem concluir que há lógicas distintas entre o sistema feudal e o das capitanias: a circunstância de o arcabouço jurídico do feudalismo pressupor poderes em cascata, que se limitam reciprocamente, e que se mostra incompatível com poderes absolutos e exclusivos sobre a terra; o fato de os escravos do Brasil não gozarem das garantias do servo da gleba, a saber, poder cultivar uma faixa de terreno em benefício próprio, não poder ser removido da sua terra etc; e a incompatibilidade do feudalismo como a produção destinada à exportação (cf. J. R. LIMA LOPES, *O Direito na História – Lições Introdutórias*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 331).

⁹⁷ Cf. J. CAPISTRANO HONÓRIO DE ABREU, *Capítulos de História Colonial (1500-1800)*, 7ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 2000, p. 67).

⁹⁸ Poderia o donatário da capitania escolher uma área para si, não dividida em mais que quatro ou cinco porções menores, podendo-as arrendar ou aforar, em conjunto ou em pedaços, a quem lhe aprovesse, e pelos fôros que ajustasse, devendo pagar tão somente o dízimo à Ordem de Cristo. Cf. W. M. FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, pp.35-36.

⁹⁹ As sesmarias são definidas pelas Ordenações Filipinas como “dadas de terras, casais ou pardieiros que foram ou são de alguns senhorios e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora o não são”. Meio de se propiciar o aproveitamento da terra, tem sua origem no direito português medieval, em que terras eram concedidas pela coroa a homens que as quisessem e pudessem lavar. VIRGINA RAU relata as circunstâncias com que isto se deu. Com a reconquista, grandes extensões de terra da península ibérica eram tomadas dos infiéis, e, por direito de conquista, passavam a pertencer ao rei. Este, preocupado com a ocupação do território, as concedia como recompensa aos homens de armas que lhe haviam auxiliado, as confiava a potentados civis e religiosos que as quisessem desbravar, ou mesmo as entregava a homens livres que as quisessem lavar. Um primeiro modo de fazê-lo seria pelo modo das ‘presúrias’, as quais consistiam na ocupação dos ermos que, pela guerra, haviam passado ao patrimônio real. Estas eram, em um primeiro momento, efetivadas sem grande formalidade, mas, com o passar do tempo, passa a ser conduzida por funcionários públicos, por condes, ou por clérigos, que repartem e concedem as terras. As ‘presúrias’ já se ressentiam de um problema que se repetirá nas sesmarias no Brasil: seus limites eram mal definidos, de forma que a cobiça de alguns concessionários – em especial os mais poderosos – via-se por vezes livre para usurpar os terrenos vizinhos. No entanto, diferentemente do que ocorria no Brasil, ainda que mal definidos, um mínimo de certeza havia: VIRGINA RAU afirma, “com um mínimo coeficiente de erro”, que todas as ‘presúrias’ foram delimitadas. Há certo debate sobre a natureza do direito recebido pelo titular da ‘presúria’, mas os autores são unânimes no sentido de que, sem ocupação, não há aquisição de direito real sobre a terra, mas, tão somente, uma espécie de posse. No século XIII, paralelamente ao surgimento dos concelhos, surgiria também um novo meio de se conceder a terra: as ‘sesmarias’. ‘Sesmaria’ seria um modo de conceder terras; modo de conceder este que é empregado pelo ‘sesmeiro’: o responsável por dividir as terras públicas vagas em um certo lugar. Debate-se a origem do nome; para Virginia Rau, derivaria de *sesmo* – uma sexta parte – nome empregado à terra em que se realizavam as sesmarias; Cândido Mendes de Almeida apresenta outra possibilidade, mas sem manifestar se a julga mais ou menos correta: o derivar sesmaria do latim *coesinae*: os rasgos feitos na terra pelos arados e enxadas (cf C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 822); COSTA PORTO ainda indica como possível origem o uso da palavra *sesmo* para indicar um conselho, composto por seis membros – sixviri, ou seviri – a quem tocava dividir as terras de sesmaria (Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no*

católico¹⁰⁰, salvo a si próprio, sua esposa, ou seu provável herdeiro. A concessão, contudo, deveria estar sujeita a uma condição: as terras deveriam ser cultivadas no prazo de dois, cinco, ou até dez anos¹⁰¹, conforme o caso, sob pena de resolução da doação efetuada. Uma vez ultrapassado este prazo, ficavam livres de obrigações, com exceção do dízimo da Ordem de Cristo, e após oito anos poderiam ser livremente alienadas¹⁰².

O que se adquiria pela concessão da sesmaria?

Para MANOEL CORREIA DE ANDRADE as sesmarias não transmitiam a propriedade, mas tão somente a posse das áreas concedidas¹⁰³. Contudo, tal não é exato. Uma vez cumpridas as condições impostas, que valiam como condição resolutiva, o domínio era pleno, e os tributos impostos em cada época sobre a terra – tais como o dízimo à Ordem de Cristo – não desnaturam o fato de que era efetivamente transmitida a propriedade das áreas¹⁰⁴. Ficava o sesmeiro autorizado a “da terra e na terra fazer o que

Brasil, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.32). Em 1375 o rei Dom Fernando promulga uma lei a respeito das sesmarias, dando proeminência ao instituto em uma tentativa de solução de grave crise que se abatia sobre Portugal: com a peste negra e o crescimento das cidades, o campo estava sendo abandonado, gerando carestia de alimentos e aumento da quantidade de dos ociosos, vadios e pedintes. As medidas propostas seriam drásticas: coagir os proprietários a cultivar suas terras, sob pena de perdê-las; constranger a trabalhar no campo os filhos e netos de lavradores, aqueles que não tivessem profissão útil, nem senhor certo, e também os vadios e mendigos; fixar salários máximos para os lavradores, bem como estabelecer multas contra quem pagasse mais; e constranger os lavradores a ter animais de trabalho, ou a quem os tivesse e não utilizasse a vendê-los; fixar os valores devidos nos arrendamentos de terras. A sesmaria surgiria como o modo de conceder as terras que se encontrassem abandonadas, ou que não fossem lavradas nos prazos fixados – ensejando a expropriação e redistribuição, portanto, obrigando quem as recebesse a lavar. Em princípio, o beneficiado pela concessão recebia o domínio das terras; mas casos há em que a sesmaria implicará na concessão de terras sob regime de enfiteuse ou emprazamento. O instituto continuou sendo empregado pelos monarcas seguintes, bem como concelhos, infantes, senhores, abades e mestres das ordens monásticas e militares; e, por seus bons resultados, foi integrado nas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas (cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 248; Cf. V. RAU, *Sesmarias Medievais Portuguesas*, 1ª Ed., Lisboa, Editorial Presença, 1982, pp. 23-144). Para CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, era equívoco denominar sesmarias as concessões feitas no Brasil, já que, a teor das Ordenações, as sesmarias se faziam quanto às “terras, casas ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são”; ao passo que as terras brasileiras eram terras virgens (cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 822). A mesma opinião tem COSTA PORTO (Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.43). Tal se deve a terem as Ordenações seguido as bases fixadas pela lei de Dom Fernando, não obstante a origem do instituto – de concessão de terras públicas – fosse mais aplicável ao que se deu no Brasil.

¹⁰⁰ Cf. A. WEHLING e M. J. C. M. WEHLING, *Formação do Brasil Colonial*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005, p. 79; Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 115.

¹⁰¹ Cf. A. WEHLING e M. J. C. M. WEHLING, *Formação do Brasil Colonial*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005, p. 79.

¹⁰² Cf. J. COUTO, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998, p. 225.

¹⁰³ Cf. M. CORREIA DE ANDRADE, *A Questão do Território no Brasil*, 2ª Ed., São Paulo, Hucitec, 2004, p. 54.

¹⁰⁴ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 27.

bem lhe aprouver”, como se diz em algumas cartas de doação¹⁰⁵.

A coroa preocupava-se com o efetivo aproveitamento das terras outorgadas desta maneira.

Em Carta Régia de 27 de Dezembro de 1695, dirigida por Dom Pedro II de Portugal ao Governador Geral João de Alencastro, o monarca expressa sua preocupação com a não ocupação das terras, a qual reputava ocorrer em virtude da falta de equidade em sua distribuição. Esta falta de equidade – consistente na entrega de grandes áreas a pessoas que não as aproveitavam - ensejaria a existência de áreas doadas e abandonadas, e, por outro lado, de pessoas que nada recebiam. Por esse motivo, fixava certas dimensões máximas que deveriam ter as sesmarias: quatro léguas de extensão por uma de largura, o que, em medidas atuais, significavam aproximadamente 24.000 hectares. Isto valia não apenas para as concessões feitas a partir de então, mas, também, para as anteriores não cultivadas. Quanto a estas últimas, uma vez constatado o não aproveitamento pelos ouvidores, as terras seriam consideradas vagas, e, portanto, passíveis de novas doações¹⁰⁶.

Quais eram as dimensões das sesmarias então doadas, dando azo à restrição? Havia certa arbitrariedade. Algumas tinham tamanho reduzido, como a recebida por Diogo

¹⁰⁵ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.51. Por exemplo, no “instrumento de carta de sesmaria” em que Martim da Costa recebeu terras na Capitania de São Vicente: “Saibam quantos este instrumento de carta de sesmaria virem que no ano do nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo de mil e quinhentos e setenta e três anos em os dezasseis dias do mês d’outubro do dito ano em esta Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro costa do Brasil em as pousadas donde ora pousa Rui Dias Machado por o dito Rui Dias Machado me foi dado a mim escrivão abaixo nomeado uã pitição feita em nome de Martim da Costa morador na Capitania de São Vicente com um despacho em ela do Senhor Cristóvão de Barros Capitão [faltam 3 folhas intermediárias da carta]. ... [vós lhas] dareis de novo pera as aproveitar com as condições e obrigações conteúdas neste capítulo o qual se tresladará nas cartas das ditas sesmarias. Com as quais condições e obrigações e decarações lhe assim deu o dito Senhor Capitão e Governador o dito chão ao dito supricante Martim da Costa pela sobredita maneira e përa sua guarda lhe mandou ser feita esta carta pela qual manda que ele haja a posse e senhorio das ditas cinco braças de chão përa sempre përa si e todos seus herdeiros e socessores acendentes e decendentes que após dele vierem com tal condição e intindimento que ele viva e venha a risidir nesta dita cidade ou em seus termos os ditos três anos dentro do qual tempo ele não poderá vender nem enlevar o dito chão por nenhuã via que seja sem licença do dito Senhor Capitão e Governador ou de quem ao diente tiver poder përa lha dar e da dita maneira lhe dava o dito chão e acabados os ditos três anos [tendo ele feito no dito chão casas e] benfeitorias ele o poderá vender trocar descambar dar e doar e fazer dele o que lhe bem vier como de coisa sua própria isenta que é e porque o sobredito Martim da Costa supricante tudo pormeteu de ter e manter e cumprir pela dita maneira lhe mandou passar esta carta de sesmaria a qual manda que ele haja a digo que se cumpra e guarde sem duvida nem embargo que lhe a elo seja posto e que seja rigistrada dentro em um ano nos livros da Fazenda como o dito Senhor em seu rigimento manda so as penas em ele conteúdas e decraradas e por verdade eu Pero da Costa escrivão das sesmarias e tabeliã das notas por el-Rei Nossos Senhor em esta sua Cidade de São Sebastião e seus termos que este instrumento de carta de sesmaria escrevi e notei nos meus livros das notas e tombo das cartas das sesmarias desta dita cidade que em meu poder ficam onde o dito instrumento fica assinado por o dito Senhor Capitão e Governador e não faça dúvida no borrado [falta final da carta]” (grifos nossos). (Cf. *Documentos Históricos – Tombos das Cartas de Sesmarias do Rio de Janeiro dadas por Cristóvão de Barros (1573-74), dadas por Salvador Correia de Sá (1578-79)*, vol. CXI, Rio de Janeiro, Fundação Biblioteca Nacional, 1997, pp. 45-46).

¹⁰⁶ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 59.

Alvares, o Caramuru, na Bahia de Todos os Santos: 400 varas de largura por 500 de comprimento¹⁰⁷. Já outras, tinham tamanho descomunal. Em manuscrito de autoria incerta oferecido pelo Conselheiro Bento da Silva Lisboa ao Instituto Histórico em agosto de 1839 há notícia da existência, na Capitania do Rio Grande, de sesmarias com quinze léguas (90.000 hectares), vinte léguas (120.000 hectares) ou mesmo trinta léguas (180.000 hectares) de extensão, por uma légua de largura¹⁰⁸. Nas barrancas do rio São Francisco, o mestre-de-campo Nicolau Aranha Pacheco e os capitães Damião da Rocha, Baltasar de Faria e Francisco de Bra obtiveram, cada um – como recompensa por sua participação nos combates pela expulsão dos holandeses de Pernambuco – sesmarias com 16 léguas de comprimento, por 08 léguas de largura – o que equivale a espantosos 768.000 hectares¹⁰⁹. Para se ter idéia do quanto representam tais dimensões, em discurso no Senado no dia 30 de julho de 1850 o Senador Vergueiro estimava em 13 léguas a distância a percorrer entre a cidade de São Paulo e a divisa com a província de Minas Gerais¹¹⁰.

Dois anos depois, em outra Carta Régia, datada de 07 de Dezembro de 1697, Dom Pedro II determina que as sesmarias sejam ainda menores, com apenas três léguas de extensão, por uma de largura, dimensões estas que, segundo o rei, seriam aquilo que no máximo alguém poderia cultivar; terras com área maior do que esta serviriam tão somente para impedir que outras pessoas as povoassem ou lavrassem. Nesta mesma Carta Dom Pedro aponta, além das dimensões excessivas, um outro problema: a indefinição dos limites das áreas doadas¹¹¹.

Carta Régia de 23 de novembro de novembro de 1698 traria, ainda, a necessidade de confirmação das sesmarias, dentro de um período que fosse compatível com a distância que estivessem do Reino: um ano para as concedidas em Salvador, dois anos para as concedidas no Rio de Janeiro¹¹². Em um primeiro momento as confirmações deveriam ser feitas perante o Conselho Ultramarino; e, a partir de 1808, com a vinda da

¹⁰⁷ Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 250.

¹⁰⁸ Cf. *Fragmentos de uma memória sobre as sesmarias da Bahia*, in, *Revista Trimestral de História e Geografia ou Jornal do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil*, V. 12 (1841), p. 384.

¹⁰⁹ Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 254.

¹¹⁰ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 8ª Legislatura, Sessões de julho de 1850, Senado Federal, Brasília, 1978, p. 552.

¹¹¹ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 60.

¹¹² Cf. *Fragmentos de uma memória sobre as sesmarias da Bahia*, in, *Revista Trimestral de História e Geografia ou Jornal do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil*, V. 12 (1841), p. 381; Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 256. JOSÉ REINALDO LIMA LOPES traz outra data: 04 de novembro (Cf. J. R. LIMA LOPES, *O Direito na História – Lições Introdutórias*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 334).

família real ao Brasil, e a edição de um alvará de 25 de junho daquele ano, passaria a ser atribuição da Mesa do Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro¹¹³.

É evidente que os tamanhos descomunais de algumas sesmarias tornavam tarefa bastante difícil – ou mesmo impossível – saber onde começava e onde terminava o direito de cada sesmeiro, o que somente não gerava maiores conflitos por conta da abundância da terra.

Os limites fixados nas cartas de sesmaria eram, em geral, bastante vagos e faziam alusões a marcos de pouca consistência: o passo em que mataram o Varela; o local da ‘feitiçaria dos índios’; a ‘casa velha que foi de Christóvão Índio e outra casa que foi de um índio que se chama Aberama, onde estão uns cajus muito grandes’¹¹⁴.

Um bom exemplo desta confusão de limites é dado pela observação de um engenho colonial. Em um engenho de produção de açúcar conviviam várias modalidades jurídicas de utilização da terra. Cada área plantada – denominada “*partido*”¹¹⁵ – ficava separada das demais por terras ocupadas por roceiros, os quais detinham sua posse, com a tolerância do proprietário, ou mesmo sua propriedade, por tê-las comprado. O partido, ainda, poderia ser de propriedade do senhor do engenho, que a explorava diretamente, ou por meio de arrendatários; poderia constituir uma das chamadas “*terras de sobejo*”, das quais, fraudulentamente, se apropriava quando das medições; ou pertencer a terceiros, que as arrendavam ao engenho, ou a ele vendiam sua produção canavieira. Ainda, pertencendo ao senhor, poderiam ser ocupadas por lavradores independentes que, em troca de parte da produção, serviam-se do engenho para transformar a cana em açúcar. O grande desperdício – a maquinaria rudimentar extraía apenas 40% a 50% do caldo da cana – fazia com que o funcionamento ininterrupto do engenho ao longo de oito ou nove meses de safra dependesse destas numerosas relações jurídicas, donde o surgimento de lavradores que se “obrigavam à moenda” contratualmente¹¹⁶.

¹¹³ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 45.

¹¹⁴ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 111.

¹¹⁵ A produção de um certo partido era medida em “tarefas” (a qual ainda hoje é empregada como medida de extensão no nordeste do Brasil): cada tarefa seria a quantidade de cana moída por um engenho ao longo de 24 horas, o que corresponderia a 40 carros de cana, ou uma área cultivada de 30 braças quadradas – 4356 m². Cf. J. COUTO, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998, p. 286.

¹¹⁶ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, pp. 233-234. Segundo o autor, estas “obrigações à moenda” eram transmitidas juntamente como engenho quando este vinha a ser alienado, sob o “selo dos tabeliães e pela sentença dos juristas”. Estas fazendas obrigadas teriam sido um grande negócio para o senhor de engenho, possibilitando-lhe se preocupar mais com a produção de açúcar do que com o cultivo da cana. O maior engenho do Brasil na

Com tudo isso, vê-se que pouco valor era dado à demarcação precisa das divisas. Nos dizeres de OSCAR PORTO, “se sobrava terra e rareavam os moradores, não havia razões para limitar as datas, pois, por mais que se distribuisse generosamente o solo, sempre ficaria espaço para quem viesse depois”¹¹⁷. E houve mesmo suspeitas, manifestadas na Câmara dos Deputados em 1843, de que as cartas de doação continham deliberadamente limites confusos, de modo que os proprietários das terras ficariam ocupados por estar em conflito uns com os outros, e, com isso, não criariam problemas para a Coroa¹¹⁸.

Esta situação também acontecia nas propriedades dedicadas à atividade pecuária. CAIO PRADO JUNIOR expõe como eram as terras dos criadores de gado: em geral eram constituídas de três léguas dispostas ao longo de um curso d’água, com uma largura de uma légua, tendo o rio como divisor. E, entre cada uma delas, havia uma faixa de meia légua de terras consideradas devolutas, na qual nenhum dos confrontantes poderia edificar o que fosse, ou de qualquer modo aproveitar. Sua finalidade era apenas a de, mais ou menos, estabelecer uma divisa¹¹⁹, fruto de antiga experiência europeia; no entanto, segundo ARNO WEHLING, estas faixas acabavam por não ser respeitadas, e, por conseguinte, eram incorporadas ao domínio de algum dos sesmeiros confinantes¹²⁰.

Antevendo problemas, em decreto de 20 de outubro de 1753 seria determinado que qualquer confirmação de sesmaria dependeria da medição e demarcação judicial das terras¹²¹. Não teria esta sido a única medida tomada pela coroa a respeito. Em

primeira metade do século XVII – o já mencionado engenho de Sergipe do Conde – não possuía lavouras próprias entre os anos de 1622 e 1653, moendo apenas cana procedente de lavouras pertencentes a fornecedores. Por outro lado, segundo JORGE COUTO haveria também uma obrigação do senhor em moer a cana de seus parceiros, com o objetivo de estimular a produção e a fixação de pessoas em torno do engenho (Cf. J. COUTO, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998, p. 285). André João Antonil ensina ao senhor de engenho como tratar com os parceiros. Segundo ele, os contratos, em regra, são firmados por nove ou dezoito anos, conforme o lugar. E a principal preocupação é a de que os parceiros sejam “fazendeiros”, e não destruidores. Para tanto, recomenda certas cláusulas ao contrato: não extrair pais reais, não se fazer substituir por outros nas terras que arrendam sem consentimento; e regras sobre o modo de proceder quanto às benfeitorias ao término do contrato, evitando demandas eternas (Cf. A. J. ANTONIL, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997, p. 78). O que, não obstante o anacronismo, em tudo remete à idéia do “estabelecimento agrário” que será desenvolvida pelo direito agrários séculos depois (Cf. F. CAMPOS SCAFF, *Teoria Geral do Estabelecimento Agrário*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 2001).

¹¹⁷ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 67.

¹¹⁸ Cf. W. DEAN, *Latifundia and Land Policy in Nineteenth-Century Brazil*, in, *The Hispanic American Historical Review* (51) (1971), p. 607.

¹¹⁹ Cf. C. PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011, p.45.

¹²⁰ Cf. A. WEHLING e M. J. C. M. WEHLING, *Formação do Brasil Colonial*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005, p. 79.

¹²¹ Cf. N. NOZOE, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista EconomiA*, (07) (2006), p. 598.

um alvará de 25 de janeiro de 1808, o monarca afirmava que a falta de demarcação e medição era prática contrária a “expressa decisão do Decreto de 20 de outubro de 1753, e de muitas outras Ordens minhas”, o que, para RUY CIRNE LIMA, demonstraria a existência de outros precedentes¹²².

Em 05 de outubro de 1795 viria outro alvará, em resposta a consulta formulada pelo Conselho Ultramarino à rainha Dona Maria. Esta norma, contendo 29 parágrafos, trazia uma regulamentação abrangente sobre o tema das concessões de terras. Segundo o preâmbulo da norma, o ‘melindroso’ objeto das sesmarias estaria preenchendo o território brasileiro por meio de abusos, irregularidades e desordens, o que seria causado pela precária regulamentação da matéria por seus ‘augustos predecessores’. No sentir da monarca, haveria grave iniquidade no modo pelo qual o estado de coisas se desenrolava: muitos moradores do Brasil ficavam alijados da obtenção de terras em razão de objeções levantadas por quem não teria qualquer direito de impugnar. O resultado disto seria a ocorrência de demandas, acarretando “prejuízos que deterioram os cabedais de uns, e fazem infalível a ruína de outros, que não têm forças, nem posses, para manterem largos anos, e com onerosas despesas, uma demanda muitas vezes injusta e sustentada, outras tantas vezes por ódio, opinião, e capricho”¹²³.

Como medidas efetivas, reiterava a necessidade de se observar as ordens anteriores relativas aos limites, medições e demarcações das sesmarias. Quanto às sesmarias a conceder, fixava o prazo de um ano para demarcação, a qual seria requisito do apossamento e cultivo das terras, e cuja não realização importaria na sua perda. Havia grande preocupação com a eficácia desta medida: a rainha deixava expresso que esta condição em nenhum caso poderia ser dispensada pelas autoridades locais. Mas o alvará não se limitava a estabelecer regras para o futuro: também os titulares de sesmarias já concedidas e ocupadas deveriam ser constrangidos a demarcá-las, no prazo de dois anos, sob pena de comisso das terras. Além de ordenar a demarcação, também reduzia o tamanho máximo das concessões em alguns casos, como o de um limite de meia légua em quadra nas áreas compreendidas em um raio de seis léguas das vilas¹²⁴; proibia o corte de árvores com madeira adequada à construção e reparo de embarcações (‘paus reais para

¹²² Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 45.

¹²³ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, pp. 47-48.

¹²⁴ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 49.

embarcações’) nas regiões próximas da costa¹²⁵; autorizava que se tivesse mais de uma sesmária, desde que o sesmeiro reunisse “possibilidades , e tanto número de escravos, quantos são, ou forem necessários” para cultivá-las¹²⁶.

Outra medida relevante foi a determinação da criação, em cada junta e provedoria da Fazenda Real do Estado do Brasil, de dois livros de registro de sesmarias, um para as concessões, e outro para as confirmações, e, ainda, de mais um nas Câmaras, as quais deveriam estar cientes das terras vagas em seus distritos. A finalidade de tais livros era expressa: possibilitar o controle do que estava e não estava disponível. A partir de então, concessões de novas sesmarias dependeriam de certidões, fornecidas com base em tais livros, de que a área pretendida não havia sido concedida a ninguém¹²⁷. Para tanto, contudo, a demarcação das terras precisava ser feita – e bem feita.

Com isto em vista, o alvará previa um procedimento de demarcação. Caberia, em princípio, ao ouvidor da comarca presidí-lo; no entanto, pelo volume de serviços que este já suportava, deveriam as câmaras propor anualmente aos governadores e capitães-generais o nome de três letrados com sã consciência, e residentes na comarca, para funcionar como juízes de demarcação, de cuja decisão se poderia recorrer ao ouvidor, e dele para a Mesa da Relação respectiva. Acompanhariam o procedimento, como escrivães, os tabeliães. Na falta de letrados, deveriam as demarcações ser feitas pelas justiças ordinárias¹²⁸. Iniciada a demarcação, esta não poderia ser suspensa, salvo por embargos – por exemplo, de um vizinho que se julgasse prejudicado pela linha estabelecida - que deveriam ser sumariamente decididos, e de cuja sentença cabia apelação, recebida apenas no efeito devolutivo. Tal procedimento era reconhecido pela rainha como de interesse público, e, por essa razão, quando algum sesmeiro demarcava suas terras, poderia exigir de seus vizinhos que colaborassem financeiramente com as custas e despesas, proporcionalmente ao tamanho das divisas. Caso estes recusassem, ou, por qualquer maneira, atrapalhassem a demarcação, a sanção era, mais uma vez, severa: perder as terras para a coroa, a qual as entregaria a alguém que aceitasse colaborar¹²⁹.

¹²⁵ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 50.

¹²⁶ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 51.

¹²⁷ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 53.

¹²⁸ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 53.

¹²⁹ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, pp. 53-55.

O que fazer em ocorrendo uma provável sobreposição de títulos? Caberia ao juiz da demarcação realiza-la segundo o título confirmado com data mais antiga, ou, caso nenhum o fosse, aquele que mais estivesse de acordo com o direito, ainda que a posse efetiva dos bens fosse de outro modo¹³⁰.

Curta seria, no entanto, a vida deste sistema: Decreto de 10 de dezembro de 1796 viria a suspender sua execução, em razão da falta de geômetras treinados que pudessem calcular as medidas¹³¹. No intuito de eliminar este inconveniente, em 1798 o ministro Dom Rodrigo de Sousa Coutinho viria a recomendar aos governadores das capitanias que, em cada uma delas, houvesse ao menos dois engenheiros aptos a elaborar mapas, fazer levantamentos topográficos, e medir terras¹³².

A vinda da família real ao Brasil em 1808 traria algumas novidades sobre o assunto: um decreto de 22 de junho de 1808 determinou que as confirmações de sesmarias, doravante, seriam feitas pela Mesa do Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro; e outro, de 25 de novembro do mesmo ano, permitiu que estrangeiros recebessem as doações. No ano seguinte, se insistiria nas exortações de sempre: um alvará de 25 de janeiro de 1809, mais uma vez, determinou que não fossem concedidas ou confirmadas sesmarias sem prévia medição e demarcação judicial¹³³. Tais medidas teriam sido tomadas para apaziguar disputas envolvendo os limites das terras, e, por outro lado, buscar seu melhor aproveitamento agrícola¹³⁴.

Às vésperas da Independência, seriam suspensas as concessões, por resolução¹³⁵ de consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822. Nesta,

¹³⁰ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 55.

¹³¹ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 44; M. V. SECRETO, *Legislação sobre terras no Brasil do oitocentos: definindo a propriedade*, in, *Raízes*, (26) (2007), p. 14; J. R. LIMA LOPES, *O Direito na História – Lições Introdutórias*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 335. HÉLIO VIANNA oferece outra data: 10 de novembro de 1796 (Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 257). Em intervenção feita após a exposição do trabalho de Hélio Vianna, José Roberto Amaral Lapa propõe outra explicação para a suspensão do alvará: a pressão de poderosos assustados com a possibilidade de perder suas grandes propriedades. Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 267.

¹³² Cf. M. V. SECRETO, *Legislação sobre terras no Brasil do oitocentos: definindo a propriedade*, in, *Raízes*, (26) (2007), p. 14; Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 258.

¹³³ Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, p. 259.

¹³⁴ Cf. N. NOZOE, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista Economia*, (07) (2006), p. 595.

¹³⁵ As resoluções consistiam em determinações feitas pelo monarca em resposta a uma consulta apresentada por um tribunal, a qual, em geral, vinha acompanhada de pareceres dos juízes que o integravam (Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste,

um certo Manoel José dos Reis pedia que fosse mantido, juntamente com sua numerosa família, nas terras que ocupavam há mais de 20 anos, sem que estas fizessem parte de sesmarias que viessem a ser concedidas. Em resposta, a Mesa entendia que o meio pretendido não era hábil ao intento do requerente; no entanto, o Príncipe Regente, contrariando-a, declarava suspensas todas as concessões até que se convocasse a futura constituinte¹³⁶. Nada seria feito, contudo, nesta ocasião¹³⁷.

Esta medida – que viria a ser confirmada duas vezes, por provisão¹³⁸ de 22 de outubro de 1823, e nova resolução, de 05 de fevereiro de 1827¹³⁹ - mostrava um esgotamento do modelo da concessão de sesmarias, e o insucesso na demarcação das terras, problema este que permanece no Império.

2.1.3 – O acesso à terra e a Lei de Terras (Lei 601 de 1850).

Como eram obtidos direitos sobre as terras do Brasil anterior ao direito codificado? Até a Lei de Terras, de 1850, três eram os meios: receber uma concessão de terras públicas; ocupar terras devolutas; ou obtê-las, a qualquer título, de outros particulares. Após a promulgação da referida lei, restarão apenas duas opções: comprar terras devolutas do poder público, ou obtê-las de outros particulares.

2.1.3.1 – A obtenção de terras devolutas antes da Lei 601 de 1850.

As concessões de terras públicas eram obtidas por meio do instituto das ‘sesmarias’, do qual já se tratou.

No entanto, no mundo agrícola conviviam dois mundos diferentes: o do

2006, p. 370)

¹³⁶ Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, p. 44.

¹³⁷ Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 332.

¹³⁸ As provisões consistiam em decisões dos tribunais, e poderiam ser firmadas pelos magistrados, ou, em alguns casos, pelo próprio monarca – situação em que eram conhecidas como ‘provisões reais’, ou ‘provisões e, forma de lei’ (Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 370).

¹³⁹ Cf. H. VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962, pp. 260-261.

fazendeiro, que recebera uma sesmaria, e o do sitiante, que detinha a posse das áreas em que conseguia se instalar¹⁴⁰, entre os limites das grandes propriedades, ou em áreas remotas, que não interessava a ninguém requerer como sesmaria – o que, por vezes, levava a choques com os índios¹⁴¹.

Tratando da agricultura no Maranhão do século XVIII, GAIOSO apontava quais eram seus principais problemas: além da carência e alto preço dos escravos, dos baixos preços que o algodão vinha obtendo, e da tributação, havia falta de terra pela ocupação das áreas ainda não exploradas pelo ‘gentio bravo’. O crescimento da lavoura levava ao cansaço da terra, para o qual haveria duas soluções: fazê-la novamente produtiva,

¹⁴⁰ Cf. E. VIOTTI DA COSTA, *Da Monarquia à República: Momentos decisivos*, 8ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1998, p. 177.

¹⁴¹ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 51; Cf. N. NOZOE, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista EconomiA*, (07) (2006), p. 596. Cf. Sobre a forma como foi dividida a terra no Brasil, e o estado em que estão se encontrava a agricultura nacional, pronunciou-se o naturalista SAINT HILLAIRE, em 1822: “*Aldeia das Cobras, 5 de fevereiro, quatro léguas*. Continuam as montanhas e florestas. Um pouco antes da chegada à aldeia, avista-se do pico de elevada montanha imensa extensão de terreno, notando-se de todos os lados montanhas cobertas de mato. A estrada do Comércio vai dar imediatamente acima da aldeia, no antigo trecho que passava por Ubá, e que em 1819 percorri. Desde esta época as terras nos arredores da aldeia estão um pouco mais povoadas; atualmente nelas se contarão umas 60 casas; tratam ali de construir pequena igreja de pedra e sob o nome de Vila de Valença fizeram do lugarejo a sede de um distrito, que se estende entre o Paraíba e o Rio Preto. Assim mesmo o nome de cidade pouco convém a este lugarejo; é devido a sua posição um dos lugares mais tristes da Capitania do Rio de Janeiro. Para satisfazer à vaidade, o último governo multiplicou as vilas e criou cidades. Seria mais proveitoso encorajar os casamentos, auxiliar estrangeiros, e repartir as terras com maior equidade. Ao sair de Engenhoca, subíramos uma montanha muito alta; foi-nos preciso descê-la antes de chegar à aldeia das Cobras. O caminho é detestável ao sair de Valença. A venda da aldeia das Cobras é propriedade de dois franceses que, há muito tempo, habitam neste distrito; muito me elogiaram sua fertilidade. Estes homens haviam feito, pelas próprias mãos, considerável plantação de café, nas terras do desembargador Loureiro, homem desmoralizado por causa dos costumes e a falta de probidade. Achando que não cumpria as cláusulas, a que se obrigara para com eles, e temendo alguma trapaça, venderam as plantações por 200 mil réis, antes que produzissem. E asseguram que neste ano o comprador ou a próprio Loureiro, que ficou em seu lugar, lucrarão dois mil cruzados. Nada se equipara à injustiça e à inépcia graças às quais foi até agora feita a distribuição das terras. É evidente que, sobretudo onde não existe nobreza, é do interesse do Estado que haja nas fortunas a menor desigualdade possível. No Brasil, nada haveria mais fácil do que enriquecer certa quantidade de famílias. Era preciso que se distribuisse, gratuitamente, e por pequenos lotes, esta imensa extensão de terras vizinhas à capital, e que ainda estava por se conceder quando chegou o rei. Que se fez, pelo contrário? Retalhou-se o solo pelo sistema das sesmarias, concessões que só se podiam obter depois de muitas formalidades e a propósito das quais era necessário pagar o título expedido. O rico, conhecedor do andamento dos negócios, este tinha protetores e podia fazer bons favores; pedia-as para cada membro de sua família e assim alcançava imensa extensão de terras. Alguns indivíduos faziam dos pedidos de sesmarias verdadeira especulação. Começavam um arroteamento no terreno concedido, plantavam um pouco, construíam uma casinhola, vendiam em seguida a sesmaria, e obtinham outra. O rei dava terras, sem conta nem medida, aos homens a quem imaginava dever serviços. Paulo Fernandes viu-se cheio de dons desta natureza. Manoel Jacintho, empregado do Tesouro, possui, perto daqui, 12 léguas de terra concedidas pelo Rei. Os pobres que não podem ter títulos estabelecem-se nos terrenos que sabem não ter dono. Plantam, constroem pequenas casas, criam galinhas, e quando menos esperam, aparece-lhes um homem rico, com o título que recebeu na véspera, expulsa-os e aproveita o fruto de seu trabalho. O único recurso que ao pobre cabe, é pedir, ao que possui léguas de terra, a permissão de arrotear um pedaço de chão. Raramente lhe é recusada tal licença, mas como pode ser cassada de um momento para outro, por capricho ou interesse, os que cultivam terreno alheio e chamam-se agregados, só plantam grãos cuja colheita pode ser feita em poucos meses, tais como o milho e feijão; não fazem plantações que só deem ao cabo de longo tempo, como o café.” (Cf. A. de SAINT HILLAIRE, *Segunda viagem do Rio de Janeiro a Minas Gerais e a São Paulo* (1822), 2ª Ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, pp 37-40).

o que demandaria recursos e mão-de-obra; ou tomar as áreas dominadas pelos nativos bravios, os quais incendiariam as plantações e poriam em risco a vida e a propriedade dos lavradores¹⁴². Ainda, o gentio seria um obstáculo à demarcação das terras, as quais não haviam, à época, sido repartidas entre os sesmeiros por contas dos riscos do empreendimento¹⁴³. E, segundo GAIOSO, a tomada de providências pelo soberano quanto aos indígenas geraria duas consequências, dignas de sua atenção: o desembaraçar o terreno de um ‘inimigo do progresso’, e o resgate para a fé de inúmeras almas desgarradas¹⁴⁴. Há relatos de confrontos desta mesma natureza também no planalto de Piratininga, na aldeia de Maniçoba¹⁴⁵ - cuja localização exata se perdeu no tempo.

O mundo do fazendeiro era composto por grandes áreas de produção, concentradas em regiões específicas, e gerando produtos destinados a mercados consumidores distantes; o do sitiante era composto de áreas pequenas, espalhadas nas proximidades dos agrupamentos humanos, e baseada na produção de certos gêneros que lograram permitir a sobrevivência das pessoas – alimentos – ou, em algumas regiões, tabaco¹⁴⁶. O primeiro era composto por pessoas que tinham contato com o mundo exterior e faziam trocas com frequência; o segundo por pessoas que, por vezes, viviam isoladas, tendo de produzir suas próprias ferramentas, roupas e as suas toscas habitações com o que houvesse disponível. E, ao contrário do que se possa pensar, grande era o número destes pequenos produtores. Foi sua produção que assegurou a alimentação dos que se dedicaram à mineração nos séculos XVII e XVIII¹⁴⁷. Segundo MARIA SYLVIA DE CARVALHO FRANCO, estes dois mundos se relacionavam. Segundo o relato de um membro de uma família de cafeicultores de Resende, nascido por volta de 1870, sitiantes e fazendeiros eram, com

¹⁴² Cf. R. J. DE SOUZA GAIOSO, *Compendio Histórico-Político dos Princípios da Lavoura do Maranhão, suas produções, e progressos, que tem tido até ao presente, entraves que a vão deteriorando; e meios que tem lembrado para desvanecer-los, em aumento da mesma lavoura, e sem prejuízo do real patrimônio*, 1ª Ed., Paris, P.N. Rougeron, 1818, pp. 227-229 (edição fac-similar).

¹⁴³ Cf. R. J. DE SOUZA GAIOSO, *Compendio Histórico-Político dos Princípios da Lavoura do Maranhão, suas produções, e progressos, que tem tido até ao presente, entraves que a vão deteriorando; e meios que tem lembrado para desvanecer-los, em aumento da mesma lavoura, e sem prejuízo do real patrimônio*, 1ª Ed., Paris, P.N. Rougeron, 1818, p. 230 (edição fac-similar).

¹⁴⁴ Cf. R. J. DE SOUZA GAIOSO, *Compendio Histórico-Político dos Princípios da Lavoura do Maranhão, suas produções, e progressos, que tem tido até ao presente, entraves que a vão deteriorando; e meios que tem lembrado para desvanecer-los, em aumento da mesma lavoura, e sem prejuízo do real patrimônio*, 1ª Ed., Paris, P.N. Rougeron, 1818, p. 231 (edição fac-similar).

¹⁴⁵ Cf. J. COUTO, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998, p. 264.

¹⁴⁶ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 238.; A. WEHLING e M. J. C. M. WEHLING, *Formação do Brasil Colonial*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005, p. 197.

¹⁴⁷ Cf. S. BUARQUE DE HOLANDA, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011, p. 204.

frequência, compadres; com isso, estabelecia-se uma relação em que cabia ao padrinho proteger seu afilhado em certas situações de necessidade, ou mesmo, lhe “encaminhar a vida”; e, por outro lado, ao afilhado auxiliá-lo em outros casos, ficando, por vezes, endividado para sempre¹⁴⁸. Por essa integração que havia entre os dois grupos, e pela desproporção de forças, não eram frequentes, segundo a autora, até o final do século XIX, conflitos pela terra entre pequenos e grandes lavradores¹⁴⁹. Estes conflitos somente surgem quando a terra se valoriza, seja por sua escassez, seja pelas melhorias feitas pelo posseiro – como, a partir de 1850, passa a ocorrer nas regiões produtoras de café do interior do Rio de Janeiro¹⁵⁰; e, também por esta época, em São Paulo, onde, segundo declaração do presidente do gabinete ao Senado, dois terços dos delitos teriam como causa disputas de terra¹⁵¹.

A posse era tolerada pelas autoridades, em especial nas regiões mais remotas, já que os posseiros desbravavam novas fronteiras e produziam alimentos¹⁵². RUY CIRNE LIMA traz como exemplo desta tolerância uma provisão de 14 de março de 1822, a qual determinava que as medições e demarcações das sesmarias deveriam ser feitas “sem prejudicar quaisquer possuidores, que tenham effectivas culturas no terreno, porquanto devem eles ser conservados nas suas posses”¹⁵³. Outro exemplo desta tolerância, e que também ilustra os conflitos que principiavam a surgir, é o discurso do Visconde de Olinda, na sessão do Senado de 19 de agosto de 1850¹⁵⁴:

¹⁴⁸ Cf. M. S. DE CARVALHO FRANCO, *Homens livres na ordem escravocrata*, 4ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1997, pp. 84-86.

¹⁴⁹ Cf. M. S. DE CARVALHO FRANCO, *Homens livres na ordem escravocrata*, 4ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1997, p. 95. Apesar disso, a autora cita um caso em que referido conflito ocorreu. Um certo grupo de famílias ocupava uma dada região desde longa data, sem que elas houvesse qualquer diferenciação socioeconômica. E em 1836, uma delas – que enriquecera e ascendera socialmente, tornando-se capitão-mor o seu patriarca – dá início à demarcação de suas terras. Um primeiro problema é a suspeição do juiz encarregado de proceder à demarcação: o capitão-mor financiara seus estudos em São Paulo; outro, das testemunhas – são todos parentes e compadres das partes. A demanda perdura por mais de 50 anos, e ao final, o pleito do fazendeiro foi julgado procedente. No entanto, iniciados os trabalhos de campo da demarcação, um dos ocupantes apareceu e declarou que ele e os demais – armados com facas e paus – estavam resolvidos a não deixar fixar os marcos. Os envolvidos na demarcação foram ao juiz e narraram o ocorrido, e este afirmou que não iria ao lugar, já que não tinha força para manter o prestígio de sua autoridade. A seguir, mandou lavrar um auto de desobediência, e suspendeu os trabalhos de demarcação.

¹⁵⁰ Cf. Cf. N. NOZOE, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista Economia*, (07) (2006), p. 597.

¹⁵¹ Cf. Cf. N. NOZOE, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista Economia*, (07) (2006), p. 602.

¹⁵² Cf. Cf. N. NOZOE, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista Economia*, (07) (2006), p. 597.

¹⁵³ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, pp. 57.

¹⁵⁴ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 8ª Legislatura, Sessões de Agosto e Setembro de 1850, Senado Federal, Brasília, 1978, pp. 181-182.

“Os sesmeiros podem achar-se nas mesmas circunstâncias que os posseiros, debaixo deste ponto de vista: como não estão demarcadas as sesmarias, um sesmeiro toma posse de certo terreno, e vizinho desse sesmeiro toma posse outro sesmeiro, contando que havia terreno para ambos, para que pudessem preencher a extensão de terras que consta de suas cartas de doação; mas como ainda não estava demarcado o terreno no tempo em que se fez a doação, aconteceu que agora que a essa demarcação se foi proceder, é que souberam que estavam muito perto um do outro, e que não podem tirar a sesmaria. Estas questões hão de aparecer muitas vezes, e têm aparecido, e se nós queremos acautelar dúvidas entre posseiros e sesmeiros, por que não queremos acautelá-las entre sesmeiros e sesmeiros? Maior favor não merece o posseiro para que a sua sorte seja prevenida na lei. Eu digo - maior favor não merece o posseiro -; quero explicar o meu pensamento. Não se entenda que eu quero favorecer mais aos sesmeiros, bem que há quem queira favorecer mais aos posseiros do que aos sesmeiros, o que digo porque o nobre senador pelo Rio Grande do Norte pareceu em seu discurso atribuir essa proteção a alguns membros da casa; não quero favorecer nem a uns nem a outros, olho somente para as circunstâncias em que se acham, e digo que em certas circunstâncias o sesmeiro é mais digno de favor do que o posseiro, assim como em outras o posseiro merece mais atenção. Portanto, não se entenda que sigo o sistema de favorecer mais aos sesmeiros do que aos posseiros; só encaro as circunstâncias de cada um, e digo que neste caso o posseiro não é mais digno de favor de que o sesmeiro. O sesmeiro não tem demarcado a sua sesmaria, e é preciso que isto aconteça para haver dúvidas, porque se tem demarcado não pode ter lugar essas dúvidas. Entretanto, alegou-se mais razão em favor do posseiro que tem a cultura, que falta a outro. Ora, hei de chamar a atenção do senado sobre este

objeto da cultura. A cultura de uma sesmaria não envolve a cultura de toda sesmaria, não se exige que o seja, basta que esteja cultivada parte da sesmaria para dar-se por perfeita; e tanto isto é assim que a legislação já reconheceu o que acabo de dizer, isto é, já reconheceu que basta que a sesmaria seja cultivada em parte; e não só ela reconheceu que basta que ela seja cultivada em parte, mas exige que os fazendeiros do Brasil, principalmente agricultores de cana-de-açúcar tenham terreno além daquele que cultivam. O nobre senador sabe o que é uma extravagante de Portugal, que manda que os engenhos não se levantem em menor distância de meia légua um do outro, porque essas fazendas precisam de grande extensão de terreno e de madeiras para as suas obras. Se pois a cultura das sesmarias não exige que seja toda a sua superfície, não há razão para se dizer que o posseiro, por isso que tem cultura naquele lugar, está de melhor condição do que o sesmeiro, porque não cultivou toda”.

E os limites das áreas ocupadas pelos posseiros eram vagos – um rio, uma queda d’água, uma encosta. Com isso, sua extensão também era aumentada, por vezes de forma incontrolável¹⁵⁵.

Havia, portanto, um reconhecimento da situação do posseiro. Quais eram, por outro lado seus direitos? A resposta à pergunta demanda que o problema seja cindido em duas unidades menores: uma delas dizendo respeito ao período anterior à Lei de Terras de 1850; e a outra dizendo respeito ao período posterior.

Quanto ao período anterior, RUY CIRNE LIMA explica que o meio pelo qual os posseiros adquiriam a terra não era apenas um seu apossamento, mas a sua ‘ocupação’; a qual não se identificava com a *occupatio* do direito romano, em virtude de exigir, além do apossamento físico, a efetiva cultura da terra, mas, por outro lado, a ela se assemelhava por ser também modo de aquisição da propriedade¹⁵⁶. E outra conclusão, segundo ele, não

¹⁵⁵ Cf. E. VIOTTI DA COSTA, *Da Monarquia à República: Momentos decisivos*, 8ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1998, p. 178.

¹⁵⁶ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, pp. 55-57. A *Occupatio* era o apossamento material de uma coisa que, à época, não tivesse proprietário, a qual era chamada pelos juristas medievais de *res nullius* (Cf. M. TALAMANCA,

seria possível, tendo em vista o já mencionado respeito aos posseiros quando das medições.

Esta ocupação, segundo o autor, derivaria de antigo costume jurídico, e tinha precedentes. Cita como exemplos um instituto do direito romano e uma regra da tradição jurídica portuguesa. O instituto romano seria aquilo que ele denomina ocupação *pro deserto*. Baseada no disposto em C. 11, 59, 8, o instituto foi considerado por MAYNZ como modalidade de usucapião¹⁵⁷, e por Arndts como modalidade de ocupação, e consistia na aquisição da propriedade por quem cultivava por dois anos um terreno abandonado. Já o precedente do direito português seria o chamado ‘direito de fogo-morto’, no qual o colono que desmatasse terra virgem, ou que recuperasse terra abandonada, não poderia ser expulso dela¹⁵⁸.

Ainda segundo RUY CIRNE LIMA, este costume pelo qual se adquiria a propriedade de terras devolutas por meio de sua ocupação e cultivo apresentava-se disseminado na legislação do período, e preenchia dois de três critérios fixados pela Lei da Boa Razão para sua validade, a qual exigia que datasse de mais de cem anos; fosse conforme à boa razão; e não fosse contrário às leis em coisa alguma. Pois bem, o costume datava de longa data, e estava de acordo com a boa razão, já que um alvará de 05 de janeiro de 1785 afirmava que as próprias sesmarias eram entregues com fim ‘especialíssimo’ de serem cultivadas, e, ainda, havia os dois já mencionados precedentes. No entanto, não se podia dizer que não era contrário ao direito em ‘coisa alguma’, já que leis havia determinando que a aquisição das terras no Brasil somente seria feita por meio das sesmarias. Contudo, segundo ele, este terceiro requisito não era tido, à época, como imprescindível, donde a validade do costume¹⁵⁹.

Suprimida a possibilidade de se conceder sesmarias, esta ocupação passou a ser o único modo de se adquirir as terras virgens do país; situação esta que perduraria até o advento da Lei de Terras: a Lei 601, de 1850.

Istituzioni di diritto romano, 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1990, p. 414). Ruy Cirne Lima reconhece que há vozes discordantes: segundo um acórdão do Supremo Tribunal Federal de 22 de maio de 1907, até a Lei de Terras os ‘posseiros’ eram exatamente isto – meros possuidores, e foi somente com esta lei, a qual adotou um ‘regime de transação’, que os transformou em proprietários.

¹⁵⁷ Cf. C. G. MAYNZ, *Elements de droit romain*, Vol. I, 2a Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique s’Aug. Decq, 1859, p. 494.

¹⁵⁸ R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 55.

¹⁵⁹ R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, pp. 54-56.

2.1.3.2 – A obtenção de terras devolutas na vigência da Lei 601 de 1850.

A Lei 601 foi promulgada no dia 18 de setembro de 1850, após uma discussão de oito anos na Câmara e no Senado. Um primeiro projeto havia sido elaborado já em 1835, mas, apresentado à Câmara, não teve andamento. A questão das terras no Brasil somente viria a ser enfrentada pelo parlamento a partir de um projeto elaborado pelo Conselho de Estado, por solicitação do ministro Cândido José de Araujo Viana¹⁶⁰.

Nesta época, segundo COSTA PORTO, as terras brasileiras se dividiam em cinco categorias: terras aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal, e consideradas ‘bens públicos’; terras dadas em sesmaria cujos titulares haviam atendido todos os requisitos legais, sendo, portanto, seus legítimos proprietários; terras dadas em sesmaria cujos titulares não haviam atendido a algum dos requisitos legais, e, portanto, estariam em situação irregular; terras ocupadas por posseiros; e tudo o mais, considerado, portanto, ‘terra devoluta’¹⁶¹. Duas categorias, no entanto, devem ser acrescentadas: as terras adquiridas por terceiros, a qualquer título, de seu legítimo proprietário; ou as terras adquiridas por terceiros, a qualquer título, de quem delas tivesse a posse.

O intento da lei, em especial o apresentado na proposta original, da lavra de Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Cesario de Miranda Ribeiro, era, eminentemente, o de se buscar propiciar a imigração com o objetivo de se fornecer mão-de-obra para a lavoura¹⁶². A pressão inglesa aumentava, e já se sabia que a escravidão não duraria por muito tempo¹⁶³. Contudo, quanto às terras – matéria que também regulamentava - trazia graves preocupações a alguns proprietários, em especial os adeptos das concepções agrárias mais arcaicas que grassavam no país¹⁶⁴. Estes – em especial aqueles cujas terras se encontravam em situação de irregularidade - temiam perder aquilo que possuíam, já que se pretendia corrigir os problemas da caótica organização fundiária do período colonial. Como afirmou COSTA PORTO, se a lei quisesse proceder com frieza e sem condescendência com estes, não praticaria nenhum abuso, já que a sua situação era, de fato de ilegalidade¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 332.

¹⁶¹ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 143.

¹⁶² Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 332.

¹⁶³ Cf. W. DEAN, *Latifundia and Land Policy in Nineteenth-Century Brazil*, in, *The Hispanic American Historical Review* (51) (1971), p. 617.

¹⁶⁴ Cf. E. VIOTTI DA COSTA, *Da Monarquia à República: Momentos decisivos*, 8ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1998, p. 181.

¹⁶⁵ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de

Com isso, uma especial preocupação destes proprietários dizia respeito à obrigação de se realizar a medição das terras. Nos termos do projeto original, sua falta importaria na perda das terras. E os proprietários viam nesta obrigação uma fonte de altos custos, que reduziriam a lucratividade da atividade agrícola, e, dadas as incertezas do passado, poderiam dar azo a muitos conflitos¹⁶⁶. Estas preocupações fizeram-se ouvir no Senado pela voz do Visconde de Olinda, na sessão de 19 de julho de 1850:

“Eu já disse, e repito, que se se obrigasse a demarcar os sesmeiros que têm terras contíguas às devolutas, bem, porque o estado tem interesse em saber quais são as suas terras; mas obrigar-se em geral a todos os sesmeiros a demarcarem as suas terras, quando eles não têm por vizinhos senão outros sesmeiros, é impor uma condição onerosa, é dar ocasião a milhares de demandas. Direi primeiramente que a execução da lei é impossível; e tanto impossível, que a mesma lei acautela essas hipóteses pelas quais o governo se veja obrigado a prorrogar o prazo. Se pois já se reconhecem isto, qual é a utilidade que resulta de semelhante disposição? E, em segundo lugar, qual é a utilidade que resulta de se obrigar os fazendeiros a demarcarem suas terras? Evitar demandas? É o que se pode considerar; mas assim é que vão elas aparecer. Se acaso se prescrevesse um novo método de julgamento para estas causas, se acaso se entregasse a decisão destas causas a juízes árbitros, então se poderia adotar a disposição do artigo; e ainda assim havia uma razão de dificuldade, senão de impossibilidade; mas não se dando esta providência, não sei qual é a razão de conveniência que aconselhe semelhante disposição”¹⁶⁷.

Outra preocupação manifestada pelos parlamentares era, novamente, a falta

Brasília, 1979, p. 145.

¹⁶⁶ Cf. E. VIOTTI DA COSTA, *Da Monarquia à República: Momentos decisivos*, 8ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1998, p. 182.

¹⁶⁷ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 8ª Legislatura, Sessões de julho de 1850, Senado Federal, Brasília, 1978, p. 371.

de profissionais que executassem as medições e demarcações, e, até mesmo as técnicas que eram empregadas no Brasil. Quando um agrimensor traça um rumo, o faz considerando o seu ângulo em relação às linhas norte – sul, e leste – oeste, empregando uma bússola. No entanto, a posição do polo magnético da terra em relação a um determinado ponto do globo muda com o tempo. Dessa maneira, o uso das bússolas nas medições deve considerar o chamado ‘meridiano verdadeiro’, ajustando-o por uma operação matemática, com base na ‘variação’ sofrida registrada no período, e registrando a variação constante daquele momento¹⁶⁸ – o que, ao que parece, era desconhecido pelos agrimensores brasileiros. A esse respeito falou o Visconde de Abrantes, na mesma sessão, e em complemento ao que disse o Visconde de Olinda:

Já confessei que era negócio difícil, negócio árduo, o da medição; e tão árduo e difícil me parece, que se o governo não proporcionar aos concessionários os meios precisos para satisfazerem a obrigação que lhes corre de medir as terras, não será em verdade possível a medição; e então dou as mãos à palmatória ao nobre senador, se o governo, repito, não fornecer os meios; porque, quanto a mim, se continuarão a fazer as medições como faziam os antigos pilotos, que ignoravam as variações da agulha; seria pois dar lugar aos conflitos, e esses conflitos provocariam milhares de demandas; e não se conseguiria os fins, aliás tão justos e convenientes, que tem em vista a disposição de que se trata; mas entre a medição feita pelos pilotos antigos e a feita pelas pessoas habilitadas que o governo deve empregar em cada município, ou pelo menos em cada comarca, há uma grande diferença. É com efeito sabido que não temos entre nós grande abundância de indivíduos que estejam habilitados na agrimensura, e que tenham a prática necessária de penetrar matas virgens, fazer picadas e tratar de fazer medições a cordel: é um negócio que requer habilitações especiais, até

¹⁶⁸ Cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, pp. 192-194.

mesmo certa organização física que possa afrontar a rudeza de tais trabalhos; e tanto assim é, que nos Estados Unidos, onde a agrimensura está em progresso, onde se tem medido e demarcado milhões e milhões de acres de terras, se tem formado uma classe particular, e numerosíssima, de indivíduos habilitados para a agrimensura, que são empregados pelas diversas repartições locais que, em muitos dos estados da União, se acham encarregadas da medição e também da venda das terras. É certo que não poderemos criar de um dia para outro essa escola especial, nem habilitar essa multidão de indivíduos que possam tomar sobre si tamanha empresa; mas também é certo que podemos desde já começar a habilitar pessoas que se incumbam desse trabalho. Depois, senhores, uma outra utilidade, é a da exatidão e certeza das medições. Fique certo o nobre senador a quem tenho a honra de responder que nenhuma medição será exata se ela não começar dos pontos donde deva partir. O projeto admite o sistema usado nos Estados Unidos, que é de fazer as medições, de norte a sul, segundo o meridiano verdadeiro; e este sistema, praticado ali há longos anos, é o único que tem obtido o grande fim de exatidão nas medições, e de evitar as contestações. O método usado pelos espanhóis e pelos nossos antepassados, os portugueses, era eminentemente vicioso e errado, e tem concorrido para todas essas medições inexatas, e para todas essas contestações entre possuidores heréus”¹⁶⁹.

A questão das dificuldades à demarcação também ecoou quando da discussão na Câmara dos Deputados, como se vê em discurso do deputado Angelo Custodio, na sessão de 27 de julho de 1843:

“É na verdade útil a demarcação das terras, mas os nossos lavradores, que pela mór parte não são opulentos, poderão

¹⁶⁹ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 8ª Legislatura, Sessões de julho de 1850, Senado Federal, Brasília, 1978, pp. 372-373.

eles suportar as despesas que acarreta semelhante operação? Não hesito em asseverar que eles hão de sucumbir sob o peso desta extraordinária despesa. Se o governo entende porém que não pode levar avante o seu systema sem que as terras estejam demarcadas, porque não se encarrega ele de fazer estas demarcações? Demais, temos para isso homens habilitados? Não, de certo. Esta penúria de homens profissionais é uma das muitas dificuldades com que tem-se de lutar”¹⁷⁰.

Na mesma sessão, o deputado Joaquim José Barbosa relatou a falta de agrimensores em Minas Gerais:

“Em Minas sei que os não há; a assembleia provincial mandou à sua custa à França dous moços estudarem a agrimensura, entre outras matérias; gastou com isso muito dinheiro; eles voltarão, mas não tiveram tempo de ensinar a ninguém, porque um teve a infelicidade de morrer no incêndio aqui do palacete; o outro começou a dirigir uma escola normal de primeiras letras, e ultimamente consta-me que perdêra o seu emprego por have-lo abandonado”¹⁷¹.

Outro problema apontado pelos deputados era o da ocorrência de fraudes nas medições, causadas, por vezes, pela dificuldade em sua realização. A respeito, falou o deputado mineiro¹⁷² Penido, em sessão do dia 28 de julho de 1843:

“Já disse que é fácil decretar-se medições, porém o difícil é fazê-las. Custa o entranhar-se pelas mattas, andar perigosas picadas, atravessar rios e córregos pestíferos, expor-se às febres intermitentes e às mordeduras dos vermes venenosos, e

¹⁷⁰ Cf. *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão do dia 27 de julho de 1843, p. 421.

¹⁷¹ Cf. *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão do dia 27 de julho de 1843, p. 442.

¹⁷² Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 335.

tanto assim que a experiência me há ensinado que muitos juízes sesmeiros, para não exporem-se a taes males, encarregavão aos pilotos as medições, contanto que se lavrassem os termos como se o juiz a tudo estivesse presente, e o que bem se prova com a sua assinatura, embora posterior ao acto e feita em lugar e ocasião diversa: mas os pilotos, julgando-se expostos aos mesmos males, passavão, de comum acordo com o escrivão, a fazerem a medição a esmo, isto é, ‘desta àquela montanha suponhamos que tem quatro mil braças, finque-se portanto ahi um marco; deste àquele espigão tem tantas cordas, finque-se pois acolá outro marco’; eis como se fizeram muitas medições de sesmarias (...)”¹⁷³.

COSTA PORTO narra um modo pitoresco pelo qual terras seriam medidas no sertão do Pajeú, em Pernambuco: o sertanejo enchia o cachimbo, acendia, montava o cavalo e o tocava a passo; quando o fumo acabava, marcava uma légua¹⁷⁴.

O Senador Vergueiro observaria que o uso de técnicas inadequadas de medição era algo verdadeiro, com exceção, talvez, apenas das medições realizadas no Rio de Janeiro. Ainda, acrescentaria mais um defeito no trabalho executado pelos agrimensores no Brasil: medir planos, aclives e declives pelo uso da corda, sem considerar as variações que a inclinação causaria das distâncias¹⁷⁵. Pois bem: segundo JOSÉ MURILO DE CARVALHO, todo o projeto – solicitado ao Conselho de Estado e à Câmara por gabinetes conservadores, nos quais predominavam homens ligados à Corte – era basicamente do interesse dos cafeicultores do Rio de Janeiro¹⁷⁶.

Na redação final, os proprietários levaram a melhor: a lei funcionaria como um meio de se consolidar o regime fundiário que vigia até então. Revalidava sesmarias que estivessem cultivadas, ainda que não se houvesse cumprido as demais exigências da legislação anterior - a medição e a confirmação das terras. E, quanto aos posseiros, reconhecia-se a propriedade incondicional sobre os terrenos ocupados, desde que, ao

¹⁷³ Cf. *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão do dia 27 de julho de 1843, p. 442.

¹⁷⁴ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.76.

¹⁷⁵ Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 8ª Legislatura, Sessões de julho de 1850, Senado Federal, Brasília, 1978, p. 380.

¹⁷⁶ Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 336.

menos em parte, estivessem cultivados. Ainda, os posseiros que cultivassem suas terras de modo eficiente poderiam haver outro tanto daquilo que já possuíam, em terras contíguas, desde que o tamanho resultante não fosse maior do que uma sesmarias das que por ultimo se concedeu na localidade. E quanto àqueles que ocupassem áreas inseridas dentro de sesmarias teriam direito de indenização por benfeitorias, ou mesmo a legitimação da sua posse, desde que esta fosse declarada boa por sentença transitada em julgado, houvesse sido estabelecida antes da medição da sesmaria e se mantido mansa e pacífica pelo período de cinco anos, ou após a medição, e se mantido mansa e pacífica pelo período de dez anos¹⁷⁷.

Por outro lado, a lei também trazia medidas para o futuro. Estabelecia de maneira expressa o que era considerado terra devoluta: aquelas que não se achassem no domínio particular por qualquer título legítimo, ou que não houvessem sido dadas em sesmaria, salvo se incursas em comisso e não revalidadas; as que não estivessem ocupadas por posseiros; e as que não estivessem afetadas a algum uso público¹⁷⁸. COSTA PORTO critica a expressão ‘terra devoluta’, já que, a rigor, terra devoluta é terra devolvida; terra que fora dada a alguém, e, em momento posterior, por descumprimento de alguma condição, voltou ao doador. E, o que ocorria no Brasil, era também denominar devoluta toda a terra desocupada, ociosa e não apropriada, ainda que nunca houvesse sido dada a ninguém¹⁷⁹.

Ainda, proibia a aquisição de terras devolutas por qualquer meio que não a compra (com exceção das regiões de fronteira, cuja colonização era medida que se cria ser de urgência, e que, portanto, poderiam ser doadas), e determinava que estas fossem medidas quando possível, e seguindo o verdadeiro meridiano – medida necessária ao levantamento das terras disponíveis e quebra em unidades menores, aptas à venda, na esteira do que se fazia à época nos Estados Unidos da América¹⁸⁰. E, com esse objetivo de vender as terras remanescentes, criou um cadastro a cargo do vigário de cada paróquia – que ficaria conhecido como ‘registro do vigário’¹⁸¹ – ao qual os possuidores deveriam

¹⁷⁷ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, pp. 64-65.

¹⁷⁸ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, pp. 70-71.

¹⁷⁹ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 144.

¹⁸⁰ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 68.

¹⁸¹ O registro do vigário era um cadastro, meramente declaratório, e que não agregava qualquer eficácia adicional à posse (cf. nosso *História da Publicidade Imobiliária no Brasil*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008, p. 92). Os dados que continha eram bastante sucintos,

declarar suas posses, com base no que se pretendia ter uma idéia de quais terras continuavam não pertencendo a nenhum particular¹⁸².

Dessa maneira, a partir de 1850 o apossamento não era mais um meio de se adquirir terras no Brasil. Os autores da lei, no entanto, não pretendiam, pela via da compra, instituir um sistema que possibilitasse um acesso universal à terra.

Como já se viu, problema maior do que o do acesso à terra, no Brasil, era o da mão-de-obra. Com isso, o governo pretendia – por meio de um sistema de colonização – aproveitar o ensejo da regularização da situação das terras para criar mecanismos que trouxessem braços para a lavoura.

A primeira inspiração para o projeto foi o sistema de colonização concebido por um inglês de vida bastante atribulada: EDWARD GIBBON WAKEFIELD¹⁸³. A proposta de

consistindo, seus assentamentos, em um conjunto de declarações reduzidas a termo. Por exemplo, veja-se este termo do livro de registro da Freguesia de Taquara, na Paraíba, a qual hoje corresponde à cidade de Pitimbu, localizada na região metropolitana de João Pessoa: “Aos 16 dias do mez de julho de 1855 nesta Povoação da Taquara em casa da minha residência me foi apresentada a nota do theor seguinte. – Eu abaixo assignado declaro que possuo nesta freguesia de Nossa Senhora de França da Taquara um sítio na praia de Pitimbu denominado Guarita, com meia légua de frente pouco mais ou menos, o qual se acha demarcado sobre marcos como consta da escriptura. – Povoação da Taquara, 16 de Julho de 1855. Estevão Cavalcante de Albuquerque. – Nada mais se continha em dita nota acima transcripta. – Era este supra. – O Vigário Manoel Vicente de Araujo” (Cf. João de LYRA TAVARES, *Apontamentos para a Historia Territorial da Parayba*, Vol. II, João Pessoa, Imprensa Oficial, 1911, p. 5).

¹⁸² Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, p. 71. Com efeito, pouca noção se tinha da quantidade de terras devolutas que ainda havia no país, bem como qual era seu valor, e sua qualidade. Bastante ilustrativo é o aparte do Senador e Ministro da Marinha Antonio Albuquerque, em sessão de 13 de maio de 1840, na qual se discutia uma doação de terras para uma companhia de pecuária: “Dou 10 léguas de terra aqui, ali ou acolá. Porventura, todas as terras são do mesmo valor? O terreno pantanoso, por exemplo, será o mesmo que o terreno sólido e aproveitável? Ninguém o dirá. Entretanto, dão-se 10 léguas de terra sem se saber o que se dá. Srs. este modo de repartir as terras do Brasil é muito mau, porque não se sabe o que se vai dar; e como eu não estou muito disposto a dar terras que não conheço, nem sei o valor delas, nem se a nação precisa dessas terras, julgo necessária alguma explicação. Nós não temos ainda uma estatística, e vamos retalhando o Império do Brasil por esta maneira, dando terras sem se saber o que se dá”. (Cf. *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 4ª Legislatura, Sessões de maio de 1840, Senado Federal, Brasília, 1978, p.143).

¹⁸³ EDWARD GIBBON WAKEFIELD nasceu em Londres no dia 20 de março de 1796, filho de pais que experimentavam certas dificuldades financeiras. Obstinado e ambicioso, teve problemas nos primeiros anos de sua educação, vindo a ser expulso do Colégio de Edimburgo em 1810. Entre 1814 e 1820 trabalhou no Correio Diplomático, e em 1816 casou-se com uma rica herdeira, que lhe daria dois filhos até morrerem em 1820, deixando-o com a renda de um fundo de setenta mil libras. Buscando aumentar ainda mais seu patrimônio, tendo em vista um assento no parlamento, em 1826 rapta uma menina de 15 anos, filha de um rico comerciante de sedas, e a convence a casar-se com ele; o que viria a manchar sua reputação pelo resto de sua vida. O casamento, porém, não se consuma, e WAKEFIELD é condenado a três anos de prisão. Enquanto cumpre sua pena, lê tudo o que consegue obter sobre as colônias e os sistemas de colonização que então vigoravam, ocasião em que desenvolve suas teorias sobre a colonização. Em 1834 suas idéias passam a ser adotadas na Austrália, pela South Australian Association; e, em 1837, WAKEFIELD pessoalmente passa a atuar na colonização da Nova Zelândia; e entre 1839 e 1846 será o diretor da New Zealand Colonization Company, vindo a abandonar o cargo em virtude de uma grave doença. Após sua recuperação, passa a se ocupar no estabelecimento de uma colônia anglicana na Nova Zelândia, idealizada com base em suas idéias; então, em 1853 muda-se para lá, onde fica até sua morte, em 16 de maio de 1862 (Cf. H. J.M. JOHNSTON, *Wakefield, Edward Gibbon*, in, *Dictionary of Canadian Biography*, (9) (1976).

WAKEFIELD – apresentada, inicialmente, por meio de um livro anônimo denominado ‘*A letter from Sidiney*’, no qual o autor se coloca na posição de um colono que relata suas experiências - previa a criação de um sistema ‘auto sustentado’ de colonização, no qual a renda auferida pela venda de terras e tributos incidentes sobre sua renda supriria as despesas necessárias à importação de mão-de-obra para a colônia. Seguiu algumas regras básicas: a) a terra deveria ser sempre vendida, e nunca doada; e o preço por acre vendido teria de ser ‘suficiente’, ou seja, alto o bastante para que um imigrante sem recursos não tivesse acesso à terra antes de trabalhar como empregado um razoável tempo¹⁸⁴; b) o preço de venda das terras deveria ser fixo independente da sua localização ou qualidade, já que, com isso, haveria uma tendência de primeiro se ocupar as terras mais próximas das áreas já povoadas, elevando, pelo aumento na demanda, o valor das terras de baixa qualidade localizadas nestas áreas¹⁸⁵; c) jamais se realizar leilão das terras, já que não há demanda suficiente apta a criar verdadeira competição, dando margem a fraudes, e, quando há competição, ao surgimento de ódios e disputas entre vizinhos, ou mesmo a problemas financeiros causados por lances oferecidos por impulso¹⁸⁶; d) a instituição de um tributo incidente sobre as rendas geradas pela terra; e) o emprego do dinheiro obtido pela venda das terras e pelos tributos no pagamento do transporte de imigrantes, preferencialmente homens jovens; f) e o suprimento contínuo de mão de obra proporcionalmente à demanda da colônia, evitando-se que os proprietários das terras viessem a sofrer por sua falta, ou ter de pagar altos salários aos trabalhadores¹⁸⁷.

A proposta de WAKEFIELD – com claro objetivo de encarecer artificialmente a terra - tinha como finalidade fomentar a colonização da Austrália, lugar em que, tal como no Brasil, a terra era barata e a mão de obra bastante escassa, de forma que os imigrantes, em geral, rapidamente se tornavam proprietários das próprias terras e produtores independentes¹⁸⁸. O plano não deu certo, contudo: o preço excessivo das terras acabara não atraindo interessados suficientes, e, com isso, o dinheiro que seria utilizado para trazer mais imigrantes não entrou no caixa; permanecendo o problema de falta de braços, as terras não se valorizaram, e continuaram despovoadas¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Cf. E. G. WAKEFIELD, *A View of the Art of colonization*, 1a Ed., Londres, John W. Parker, 1849, p. 98.

¹⁸⁵ Cf. E. G. WAKEFIELD, *A View of the Art of colonization*, 1a Ed., Londres, John W. Parker, 1849, p. 106.

¹⁸⁶ Cf. E. G. WAKEFIELD, *A View of the Art of colonization*, 1a Ed., Londres, John W. Parker, 1849, p.104.

¹⁸⁷ Cf. E. G. WAKEFIELD, *A letter from Sidiney, the principal town of Australasia*, 1a Ed., Londres, Joseph Cross, 1829, pp. III – XVIII.

¹⁸⁸ Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 333.

¹⁸⁹ Cf. V. DE ABRANTES, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846, pp. 28-29.

Estes princípios receberam apoio do governo do Brasil. Em sessão da Câmara do dia 24 de julho de 1843, o deputado e Ministro da Marinha Joaquim José Rodrigues Torres afirmou que em um país como o Brasil, com terras vastas e pouca população, o meio mais eficaz de se promover a colonização era o encarecimento das terras, inibindo a sua compra por colonos que não trouxessem outros capitais além da força dos braços, já que isto prejudicaria os proprietários – que não encontrariam a mão de obra de que necessitavam – e aos próprios colonos, os quais, sem prática com as técnicas agrícolas locais, também não prosperariam. Ainda, via nos méritos do sistema a possibilidade de se concentrar a população do país em menos locais, de modo que as estradas abertas beneficiariam mais pessoas, melhoramentos comuns poderiam ser feitos por acordos entre os vizinhos; e um meio de se levantar os fundos necessários à importação dos colonos¹⁹⁰.

Havia vozes discordantes, no entanto. Em discurso pronunciado na sessão de 18 de agosto de 1843, e demonstrando muita lucidez, o deputado Rezende criticou a concentração de pessoas na mesma região, já que isto tornaria ainda mais ermo o interior do Brasil, tornando-o terra sem lei e ninho de malfeitores. Ainda, apontou a necessária sujeição que o alto preço da terra criaria para os menos ricos, que teriam de trabalhar para algum potentado. Isto reduziria o Brasil a uma situação feudal, e, pior do que isso: criaria uma nação de pessoas errantes, que teriam de ir embora e procurar outro senhor, conforme o arbítrio de seu patrão. Para o deputado, o governo não deveria se intrometer no assunto da colonização, já que o interesse era eminentemente dos grandes proprietários. Estes é que deveriam se organizar em associações e promovê-la, se julgassem conveniente. Mais do que isso: havendo problema de mão de obra, deveriam os proprietários considerar a possibilidade de arrendar suas terras a quem as quisesse cultivá-las, ao invés de fazê-lo diretamente¹⁹¹. Isto era reforçado pelo fato de que, como se viu, o sistema de Wakefield vinha fazendo água na Austrália, ao passo que um outro modo de colonizar vinha fazendo mais sucesso: o sistema empregado nos Estados Unidos da América¹⁹².

Este sistema – cristalizado a partir de 1804, após experiências com outras formas de distribuir as terras realizadas no país – tinha como marco inicial a realização das medições e demarcações das terras públicas, somente após o que estas poderiam ser vendidas. Em cada distrito era nomeado um agrimensor chefe (*surveyor general*) – remunerado, pelo tesouro, por um ordenado fixo anual de 500 dólares, aos quais eram

¹⁹⁰ Cf. *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão do dia 27 de julho de 1843, pp. 380-381.

¹⁹¹ Cf. *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão do dia 18 de agosto de 1843, pp. 804-805.

¹⁹² Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 339.

somados seis dólares por cada milha de demarcação que fizessem¹⁹³ - o qual poderia, a sua escolha e às suas expensas, contratar seus auxiliares. E lhe cabia dividir seu distrito em *townships* – quadrados de terra com seis milhas de lado – sempre segundo os pontos cardeais, e considerando o meridiano verdadeiro. Este formato quadrado era obrigatório, e somente poderia ser evitado na hipótese de haver na área algum obstáculo intransponível, como, por exemplo, a existência de terra indígena. As *townships*, por sua vez, também eram subdivididas, em seções quadradas com uma milha de lado, equivalentes a 640 acres de área; e cada seção era dividida em unidades ainda menores: quatro unidades, com 160 acres cada; oito unidades, com 80 acres cada; e 16 unidades, com 40 acres cada. Nos vértices de cada seção era cravado um marco divisório; já os limites entre as subseções eram estabelecidos por cortes em árvores¹⁹⁴.

Haveria, ainda, em cada distrito, um registrador e um recebedor, que realizariam a venda das terras, com base nas plantas fornecidas pelo agrimensor. A venda, em princípio, seria feita em hasta pública, com ampla divulgação, e ao menos três meses de antecedência. Era estipulado um preço mínimo, de um dólar e vinte e cinco centavos por acre, e, na falta da interessados, o registrador e o recebedor poderiam vender as terras diretamente, desde que respeitado o preço mínimo, e o tamanho máximo de 80 acres, e que o comprador se obrigasse a cultivá-las desde logo¹⁹⁵. Doações somente poderiam ser feitas em situações excepcionais: construção de escolas, estradas, instituições de caridade, ou mostras de gratidão nacional – como se fez com o Marquês de Lafayette¹⁹⁶.

E, quanto aos posseiros, estes teriam sua situação reconhecida mediante pedido de legitimação ao registrador e recebedor, que não poderiam recusá-la, desde que a área ocupada tivesse até 640 acres de área. E quem, a partir da lei, invadissem terras públicas ficaria sujeito a ser expulso, com a força militar, se necessário, bem como ao pagamento de multa e prisão¹⁹⁷.

¹⁹³ Cf. V. DE ABRANTES, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846, p. 25.

¹⁹⁴ Cf. V. DE ABRANTES, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846, p. 21. Com base nisso, um senhor de engenho da Bahia, Miguel Calmon, que viajara extensamente pela Europa, defendia a adoção de sistema semelhante no Brasil, com a venda, em hasta pública, de quadrados previamente demarcados de 500 braças de lado, equivalentes a 121 ha (Cf. J. M. DE CARVALHO, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 339).

¹⁹⁵ Cf. V. DE ABRANTES, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846, p. 22.

¹⁹⁶ Cf. V. DE ABRANTES, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846, p. 22.

¹⁹⁷ Cf. V. DE ABRANTES, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846, p. 23.

O sistema adotado pela Lei 601 não foi o de WAKEFIELD. A Lei 601 de 1850 previa a venda das terras em hasta pública, ou diretamente, conforme o caso; previa ainda, em casos excepcionais, a sua doação, como ocorria com áreas de fronteira, ou destinadas a colonização de indígenas; o preço mínimo fixado quando a venda fosse feita fora da hasta pública levaria em conta a qualidade e situação das áreas, não sendo, portanto, homogêneo; não havia previsão da criação do imposto sobre a renda da terra; e a vinda dos colonos estrangeiros seria paga com recursos do Tesouro¹⁹⁸. Por essa razão, apesar de ter traços locais, assemelhava-se mais ao sistema empregado nos Estados Unidos. Esta é, também a opinião de WARREN DEAN¹⁹⁹. Disso, no entanto, discorda RUY CIRNE LIMA, para quem a Lei teria incorporado todas as sugestões cabíveis dos postulados traçados por WAKEFIELD. Para o autor, a importação de colonos patrocinada pelo governo, com tempo mínimo de trabalho fixado no contrato; a existência de preço mínimo para a venda das terras; e a aplicação do produto das vendas das terras seriam todos dispositivos que derivavam do sistema preconizado por ele²⁰⁰.

Interessante observar que diversas disposições previstas na lei já haviam sido objeto da atenção de JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA ao menos doze anos antes – já que este falecera em 1838 – em um manuscrito sem data²⁰¹. Neste manuscrito – denominado ‘apontamentos sobre as sesmarias do Brasil’ – o Patriarca previa que todos os possuidores de terras sem título legítimo as perderiam, com exceção de uma área de 650 jeiras²⁰², com a qual poderiam ficar se houvessem empreendido algum tipo de estabelecimento ali. Quanto aos sesmeiros, previa que também perderiam as terras todos aqueles que não as tivesse começado a aproveitar, com exceção de uma área de 1300 jeiras, mediante a obrigação de começa-las a lavrar dentro de seis anos. Previa ainda que, à medida que as áreas cultivadas fossem se expandindo, a Coroa fosse vendendo as terras mais próximas, àqueles que mais pagassem por elas; estas terras, divididas em porções de 650 jeiras, teriam um preço mínimo de duas patacas por jeira, devendo-se pagar um quinto do valor no ato da compra, e os outros quatro quintos à razão de um quinto por ano. Os recursos auferidos com as vendas iriam para uma espécie de fundo, destinado a pagar a abertura de estradas, canais e construção de estabelecimentos de colonização por europeus,

¹⁹⁸ Cf. L. 601 de 1850, artigo 14 e parágrafos; artigo 18

¹⁹⁹ Cf. W. DEAN, *Latifundia and Land Policy in Nineteenth-Century Brazil*, in, *The Hispanic American Historical Review* (51) (1971), p. 618.

²⁰⁰ Cf. R. CIRNE LIMA, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002, pp. 85-86.

²⁰¹ Cf. J. B. DE ANDRADA E SILVA, *Projetos para o Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Publifolha, 2000, p. 80.

²⁰² Cada jeira mede 0,2 hectares. Cf. J. B. DE ANDRADA E SILVA, *Projetos para o Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Publifolha, 2000, p. 94 (nota 5).

índios, mulatos e negros forros. Havia, ainda, medidas de cunho urbanístico e ambiental: cada 36 sesmarias seriam consideradas um ‘termo’, havendo ou não uma povoação no local, ficando as quatro centrais destinadas à construção de estabelecimentos públicos; e caberia a quem recebesse as terras deixar intacto um sexto do terreno para bosques e matos, bem como somente aplicar nelas as mais modernas técnicas agrícolas então existentes. Não há menção ao Sistema de WAKEFIELD, ou ao Sistema Americano; no entanto, pelo teor das disposições, é bastante provável que JOSÉ BONIFÁCIO estivesse ciente a par de sua existência.

2.1.3.3 – A aquisição de terras de particulares: as aquisições ‘derivadas’.

Além da obtenção de terras devolutas por doação ou venda do poder público, conforme a época, ao longo de toda a história do direito nacional também foi possível sua aquisição de outros particulares.

As terras eram efetivamente vendidas, o que, por vezes, trazia possibilidades de ascensão social. Ressalvados os morgadios existentes no Brasil, em especial, nas propriedades de senhores de engenho – os quais determinavam que a propriedade deveria ser integralmente transmitida ao primogênito, com o intuito de evitar seu fracionamento – há notícias de vaqueiros que de arrendatários passaram a proprietários, e mesmo de imigrantes e comerciantes que se tornaram senhores de engenho²⁰³. Acontecia até mesmo de pessoas receberem terras em sesmaria, venderem-nas, e pedirem ainda mais terras, como que transformando as datas num negócio²⁰⁴. Em outros casos, relativamente comuns, irmãos compravam uns dos outros as respectivas partes recebidas de seus pais, de modo que uma propriedade que havia sido fracionada por vezes voltava ao exuberante tamanho original – em um movimento que COSTA PORTO denominou “sístole-diástole” dos latifúndios²⁰⁵.

Em obra publicada em 1711 e recolhida por Ordem Régia de 20 de março do

²⁰³ Cf. A. WEHLING e M. J. C. M. WEHLING, *Formação do Brasil Colonial*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005, p. 238.

²⁰⁴ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.51.

²⁰⁵ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.52.

mesmo ano, em razão de desvelar o modo de ser das riquezas do Brasil²⁰⁶, o jesuíta italiano ANDRÉ JOÃO ANTONIL ensina ao aspirante à posição de senhor de engenho como se deve haver para obter e conservar suas terras. Segundo o autor, quem não saiba reconhecer a qualidade da terra “comprará salões por massapés e apicus por salões”, devendo, para tanto, consultar lavradores mais versados na atividade. Deve, ainda, observar se a área é conveniente, dispondo de pastos, águas, roças, matos, e, na falta destes, lenha fácil de se obter na redondeza. Deve atentar que muitos vendem as terras que tem por já estarem cansadas, ou por não haver lenha disponível; já outros em razão de não mais suportarem ouvir notícias “semelhantes às que se davam a Jó”: do canavial que pegou fogo, dos bois que atolaram, dos escravos mortos, do açúcar perdido²⁰⁷. Há casos, ainda, que vendem em razão da pressão dos credores. O autor adverte que neste último caso bons negócios podem aparecer. Contudo, o interessado deve estar atento a um outro problema: o de comprar junto com a terra demandas eternas pelas obrigações e hipotecas a que podem estar sujeitas. Segue-se uma lição de direito imobiliário: jamais concluir o negócio sem antes ver com os próprios olhos o que é que se está comprando, quais são os títulos de domínio do vendedor, e se os bens estão ou não sujeitos a algum vínculo, ou pertencem a órfãos, igrejas, mosteiros etc. Também deve-se prestar atenção aos limites do imóvel: se há marcos divisórios, e se estes foram cravados segundo os termos da lei. Ainda, se os confrontantes são “amigos de justiça, de verdade e de paz, ou, pelo contrário, trapaceiros desinquietos e violentos; porque não há pior peste que um mau vizinho”²⁰⁸.

Ainda, há conselhos sobre como proceder após a compra: pagar pontualmente o preço e cuidar de melhorar e conservar o bem comprado. O autor dá especial ênfase à proteção dos marcos divisórios e das águas, os quais devem ser exibidos aos seus filhos e feitores, para que saibam os limites de seus domínios, e, com isso, evitem demandas futuras, as quais “são uma contínua desinquietação da alma e um contínuo sangrador de rios de dinheiro que vai a entrar nas casas dos advogados, solicitadores e escrivães”. Finalmente, cuidado e organização com a documentação do imóvel: não deixar a escritura e outros documentos na caixa da mulher, ou sobre a mesa, para que:

“não seja necessário mandar dizer muitas missas a Santo Antônio para achar algum papel importante que desapareceu,

²⁰⁶ Cf. F. SALES, *Nota bibliográfica*, in, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997, p. 11.

²⁰⁷ Cf. A. J. ANTONIL, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997, p. 77.

²⁰⁸ Cf. A. J. ANTONIL, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997, p. 78.

quando houver mister exhibi-lo. Porque lhe acontecerá que a criada ou serva tire duas ou três folhas da caixa da senhora para embrulhar com elas o que mais lhe agradar; e o filho mais pequeno tirará também algumas da mesa, para pintar caretas, ou para fazer barquinhos de papel, em que naveguem moscas e grilos; ou finalmente, o vento fará que voem fora da casa sem penas”²⁰⁹.

Não havia entraves legais à venda das terras, mesmo que recebidas de sesmária ²¹⁰. Uma vez satisfeitas as condições impostas – lavrar, medir, demarcar, confirmar – a terra ficava livre²¹¹.

Em alguns casos, a venda era até mesmo compulsória. O alvará de 05 de outubro de 1795 determinava que o sesmeiro que já possuía uma sesmária, e recebia outra por herança, doação, ou qualquer outro título, sem recursos para cultivá-la, deveria vendê-la, ou de outra forma aliená-la, no prazo de dois anos, sob pena de comisso. A propósito, o mesmo alvará dispunha sobre as terras compradas, herdadas, recebidas em doação ou por qualquer outro meio que não a concessão pela própria coroa. Em tais casos, se estas pessoas não tivessem como comprovar a origem de sua aquisição - por deterem tão somente a posse, ou os títulos em que adquiriram as terras de outros particulares – deveriam apresentar aquilo que tivessem ao governador, no prazo de dois anos, a fim de que estes lhes passassem as respectivas cartas de sesmárias, também sob pena de comisso²¹².

Como se obtinha a propriedade da terra em tais aquisições, as quais Costa Porto denomina ‘derivadas’²¹³?

Esta questão foi analisada por ESTEVAN LO RÉ POUSADA, o qual demonstra que, desde a recepção do direito romano justinianeu em Portugal, distingue-se o contrato, que gera a obrigação de transmitir a coisa, do modo de aquisição da propriedade²¹⁴. Já nas

²⁰⁹ Cf. A. J. ANTONIL, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997, p. 78.

²¹⁰ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.50.

²¹¹ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p.51.

²¹² Cf. J. MODESTO PINTO JUNIOR e V. FARIAS, *Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata*, Vol. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007, pp. 51-52.

²¹³ Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 50.

²¹⁴ Cf. E. LO RÉ POUSADA, *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo,

Ordenações Afonsinas se veria este sistema, sendo, na compra e venda, a entrega da coisa, juntamente com o pagamento do preço, requisito da transmissão²¹⁵.

O mesmo princípio se manteve nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas²¹⁶, as quais vigoraram no Brasil. E o modo de transmissão da propriedade, tratando-se de bens móveis ou imóveis, era a tradição – a entrega do bem. Isto também derivava diretamente do direito romano justinianeu. Com a supressão, por Justiniano, da distinção entre as *rei Mancipi* e as *rei nec Mancipi*, desapareceram as antigas solenidades da *Mancipatio* e *in jure cessio*, restando tão somente a *traditio*²¹⁷.

Isto ficaria ainda mais claro com a edição do Alvará de 04 de Setembro de 1810, no qual se declarava expressamente que “*no contracto de compra, e venda, ajustado o preço, e entregue ao comprador a coisa vendida, e ao vendedor o preço, ou fiando-o ele, não só fica o contracto aperfeiçoado, mas completo de todo*”²¹⁸.

A tradição, no entanto, não era necessariamente efetiva – a entrega física da coisa. Podia ser ‘simbólica’, na qual a entrega de algo que representava a coisa vendida, como as chaves de uma casa poderiam fazer as vezes da entrega da própria coisa; ou, o que em geral ocorria com imóveis, poderia ser ‘ficta’, declarando o alienante, no contrato de venda, que por meio deste transferia ao adquirente o domínio do bem²¹⁹. Isto também deriva do direito romano justinianeu, a partir de quando a *traditio*, outrora transmissão efetiva, passa a ser mera cláusula de estilo dos contratos²²⁰. É exemplo de tradição ficta a fórmula adiante escrita, consagrada no Manual dos Tabeliães de CORREA TELLES – e, diga-se, ainda hoje comum nas escrituras, não obstante absolutamente desprovida de efeitos:

2006, p. 204.

²¹⁵ Cf. E. LO RÉ POUSADA, *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006, p. 210.

²¹⁶ Cf. E. LO RÉ POUSADA, *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006, pp. 212-213. Isto pode ser apreendido nas Ordenações Filipinas no título VII do Livro 4º (*Do que vende huma mesma coisa duas vezes a diversas pessoas*), o qual trata da venda da mesma coisa a mais de uma pessoa. Segundo o dispositivo, se alguém vende uma mesma coisa a várias pessoas, a propriedade será daquela que, tendo pago o preço, primeiramente receber o bem entregue pelo vendedor. Esta mesma regra se encontra nas Ordenações Manuelinas, no título XXVIII do Livro 4º (*Do que vende alguma coisa duas vezes a pessoas desvairadas*); e nas Ordenações Afonsinas, no título XXXII do livro 4º (*Do que vendeo huma coisa duas vezes a pessoas desvairadas*).

²¹⁷ Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865, p. CL.

²¹⁸ Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 1019.

²¹⁹ Cf. L. TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1871, p. 254.

²²⁰ Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865, p. CLIII.

“...e recebido o preço por eles vendedores, disseram que desde já transferem ao comprador todo o domínio, direito, acção e posse...”²²¹.

Mudança haveria tão somente por ocasião da criação do Registro Geral de Imóveis, pela Lei 1.237 de 24 de setembro de 1864. Não obstante houvesse antecedentes no Brasil relativos a órgãos encarregados de registrar hipotecas ou posses sobre imóveis, apenas esta lei determinou, efetivamente, que toda transmissão imobiliária por ato jurídico *inter vivos* deveria ser inscrita em um registro público, sob pena de não valer – erigindo o registro em modo de aquisição da propriedade²²².

E quanto ao usucapião? Este – denominado prescrição aquisitiva por LAFAYETTE²²³ – era plenamente possível no direito civil brasileiro anterior à codificação se o objeto fosse um imóvel pertencente a um particular; e não era possível se o objeto fosse um imóvel considerado ‘coisa fora do comércio’: templos, cemitérios, portos, ruas, praças, pátios e baldios públicos, fortalezas, praças de guerra²²⁴. Quanto às terras devolutas, como se viu, até a lei 601 de 1850 estas poderiam ser adquiridas por meio de ‘ocupação’. E, após esta lei, não obstante a previsão de que terras devolutas somente poderiam ser adquiridas por meio de compra (Lei 601 de 1850, artigo 1º), acabou a doutrina entendendo que estas – por integrarem o rol dos bens dos quais o Estado é simples proprietário, ao lado das ilhas formadas nos mares territoriais, e dos bens adquiridos por falta de herdeiros legais de um defunto – poderiam ser adquiridas desta maneira²²⁵.

2.2 – Panorama das fontes do direito civil brasileiro anterior à codificação.

Até o advento do Código Civil de 1916 o direito civil brasileiro era regulamentado pelas Ordenações do Reino de Portugal e um conjunto de alvarás, decretos e leis que foram se acumulando ao longo de sua vigência, e constituíram aquilo que se

²²¹ Cf. J. H. CORREA TELLES, *Manual do Tabelião ou Ensaio de Jurisprudência Euremática*, 1ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1830, p. 25.

²²² Para um histórico dos sistemas de publicidade imobiliária e do registro de imóveis de imóveis no Brasil, cf. nosso *História da Publicidade Imobiliária no Brasil*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

²²³ Cf. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Causas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1905, p. 152.

²²⁴ Cf. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Causas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1905, p. 154.

²²⁵ Cf. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Causas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1905, p. 155; M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Vol. I, 9ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1907, p. 58.

denominou ‘legislação extravagante’²²⁶.

Vigoraram, no Brasil, ao menos em teoria, as três Ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. No entanto, estas últimas, por vigerem de 1603 até o advento do Código Civil, e por incorporarem em boa medida os conteúdos das anteriores²²⁷, revestem-se de maior importância.

As três Ordenações mantiveram uma mesma estrutura básica, dividida em cinco livros. E foi no livro quarto – em qualquer de suas versões – que se tratou dos contratos de compra e venda, juntamente com outras matérias integrantes de um ‘direito civil’ em sentido amplo²²⁸.

2.2.1 – O tratamento da venda de terras com deficiência de área pelas Ordenações.

As duas primeiras versões das Ordenações não trataram do problema da venda de bens imóveis com área diferente do que o esperado pelo comprador.

Já as Ordenações Filipinas o fariam, ainda que de forma bastante ambígua – o que levará a uma acirrada polêmica, como se verá. Com efeito, consta do parágrafo 10º do título 17 do livro quarto:

“E as cousas, que não são animadas, quer sejam móveis, quer de raiz, se poderão engeitar por vícios, ou faltas, que tenham, assim como hum livro comprado, no qual falta um caderno, ou folha em parte notável, ou que stá de maneira, que se não possa ler, ou hum Pomar, ou Horta, que naturalmente sem indústria dos homens produz plantas, ou hervas peçonhentas”²²⁹.

²²⁶ Cf. Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 327.

²²⁷ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 30.

²²⁸ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 30.

²²⁹ Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 799.

Este título tem a rubrica “Quando os que comprem escravos, ou bestas, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueiras²³⁰”, e deriva diretamente do título 16 do livro quarto das Ordenações Manuelinas (“Como se podem enjeitar os escravos, e bestas, por os acharem doentes ou mancos”); o qual, por sua vez, encontra antecedentes no título 22 das Ordenações Afonsinas (“Das bestas vendidas em Évora, que se non possão enjeitar depois que a venda foi feita, e a besta entregue ao comprador”).

Este título 22 foi incluído nas Ordenações Afonsinas com base em uma lei de Dom Duarte, pai de Dom Afonso, datada de 18 de março de 1435. Dom Duarte era conhecido como um grande cavaleiro²³¹, e chegou a escrever um livro sobre a arte de cavalgar no qual descrevia os vários tipos de ‘manqueiras’ e ‘malícias’ que acometiam os animais, e dos cuidados que deveria ter o cavaleiro a respeito destes males²³². E disto tratou na lei que originou o título 22. OLIVEIRA MARTINS dá conta de que o Alentejo medieval era um viveiro de montarias, e de que havia na cidade de Évora, nos meses de junho, uma feira²³³. Pois bem, a pedido do concelho de Évora, ordenou o monarca que, para segurança dos criadores de cavalos do lugar – cidade em que, segundo a ordenação, estes eram criados e cuidados com mais afincio do que em outras regiões de Portugal – haveria regras especiais sobre as demandas que eventuais compradores dos animais poderiam lhes opor. A questão era simples: os compradores, por vezes, feriam os animais em caçadas, ou em seu uso na lavoura, e então os traziam de volta ao vendedor, alegando serem fracos, doentes, maliciosos etc. E a solução dada pelo monarca, radical: quando da venda, deveriam os compradores ser avisados de que examinassem bem o animal que estavam comprando, pois não haveria qualquer possibilidade de, posteriormente, enjeitá-lo, fosse o defeito patente, ou oculto. Em outros lugares do Reino, contudo, continuava valendo o direito comum.

O título 16 das Ordenações Manuelinas, por outro lado, mudaria estas regras. Este previa que, quanto aos escravos da Guiné²³⁴, e quanto às bestas em geral, se

²³⁰ Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 798.

²³¹ Cf. C. RODRIGUES ACENHEIRO, *Chronicas dos Senhores Reis de Portugal*, 1ª Ed., Lisboa, Officina da Real Academia de Sciencias, 1824, P. 238.

²³² Cf. DOM DUARTE, *Leal Conselheiro e Liuro da enssynança de bem cavalgar toda sella*, 1ª Ed., Lisboa, Typographia Rollandiana, 1843, pp. 117-118.

²³³ Cf. J. P. OLIVEIRA MARTINS, *Historia de Portugal*, vol. I, 4ª Ed., Lisboa, Bertrand, 1886, p. 41.

²³⁴ Dos séculos XVI a XVIII o termo ‘escravos da Guiné’ abrangia, de certa forma, todos os escravos trazidos da África subsaariana. Não obstante não haja grande precisão geográfica no uso do termo, por ‘Guiné’, em princípio, se entendia toda a área que vai do atual Senegal até Angola, na costa centro-ocidental do continente. Somente não eram considerados ‘escravos da Guiné’ aqueles a quem, expressamente, se atribuía

estivessem doentes, ou fossem mancos, poderiam ser enjeitados, restituindo-se o preço ao comprador, desde que tal fosse feito dentro de um certo prazo. O prazo era diferente conforme o caso. Se o vendedor e o comprador estavam no mesmo lugar, o prazo era de um mês, contado da entrega da coisa vendida. Já se estavam em lugares diferentes, deveria o comprador protestar perante juiz, apresentando o laudo de dois físicos dando conta da doença ou manqueira. Isto feito, deveria citar o vendedor no prazo de dois meses, contados da entrega. E se o vendedor, porventura, estivesse fora do Reino²³⁵, uma vez feito o protesto teria o comprador de citá-lo no prazo de um mês a partir do dia de seu regresso. Tratando-se, porém, de escravos oriundos de outros lugares, ou ainda de outros defeitos que acometessem escravos ou bestas, aplicava-se ‘o que por direito fosse achado’.

O título 17 do Livro quarto das Ordenações Filipinas trouxe regulamentação mais extensa sobre o mesmo tema, levando os seus intérpretes a concluir que se destinava a tratar das ações edilícias²³⁶. Dirigia-se de modo especial à venda de escravos, à qual dedica sete de seus dez parágrafos. Diferentemente do que ocorria nas Ordenações Manuelinas, abrangia escravos de qualquer origem, não obstante fossem mantidas regras especiais

outra origem, como ocorria, por vezes, com os ‘escravos da mina’, oriundos da região atualmente abrangida por Gana, Togo, Benin e Nigéria. Apenas no século XVIII é que se começa a designar os escravos com mais precisão, tendo em vista as necessidades do tráfico em melhor classificar sua mercadoria. A respeito, cf. M. DE CARVALHO SOARES, *Descobrendo a Guiné no Brasil Colonial*, in, RIHGB (161) (2000), pp. 78-82. É a opinião também de Cândido Mendes de Almeida, para quem a expressão abrangia todos os países da África que forneciam escravos ao Brasil (Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 799). Qual a razão de a venda destes escravos sofrer tratamento especial? O modo por que as Ordenações Filipinas tratarão do assunto fornece uma pista. Como se verá, estas traziam regras diferentes conforme o escravo vendido fosse ou não oriundo da ‘Guiné’. E, quanto a estes, os prazos para devolução eram consideravelmente menores (um mês, enquanto a regra geral era de seis meses). Ainda, o parágrafo sétimo do título XVII do livro quarto, o qual, essencialmente, reproduz as regras previstas nas Ordenações Manuelinas, estende a aplicação das regras especiais quer a venda houvesse sido feita por quem trouxesse o escravo de África, ou quem houvesse contratado a expedição, ou mesmo quem o houvesse comprado para revender. Portanto, estas regras diziam respeito não aos sujeitos do contrato, mas ao objeto: os escravos da Guiné teriam alguma característica especial que demandava prazos menores para devolução. Segundo Frederic Mauro, as epidemias eram muito comuns nos navios de escravos, chegando, por vezes, a dizimar metade dos cativos. E, chegando ao Brasil, estes eram tratados por algum tempo, a fim de se recuperar e, com isso, ter seu valor aumentado (Cf. F. MAURO, *Portugal e Brasil: A estrutura política e econômica do império, 1580-1750*, in, *História da América Latina – América Latina colonial*, vol. I, 2ª Ed., São Paulo, Edusp, 2004, p. 462). Assim, ao que parece, a existência de doenças entre os escravos traficados era, de certa maneira, algo esperado, de forma que quem os comprava o fazia ‘no estado em que se encontravam’, o que justificaria um prazo menor para devolução. Ainda, as regras específicas que diziam respeito a estar o vendedor fora do Reino provavelmente existiam pela rotina de viagens feitas pelos traficantes. Segundo Teixeira de Freitas, na nota ao artigo 556 da Consolidação das Leis civis., esta disposição tornou-se letra morta desde a abolição do tráfico de africanos (Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865, p. 290)

²³⁵ ‘Estar no Reino’ significava estar no Portugal continental, o que abrangia os Algarves. O Brasil, a Índia, as ilhas portuguesas, ou qualquer outra sua possessão, seriam considerados ‘fora do Reino’ (Cf. MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740, p. 383).

²³⁶ Cf. MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740, p. 364.

acerca dos escravos da Guiné. Trazia, também regras sobre a venda de animais, coisas inanimadas, ou mesmo de bens de raiz. E, a teor do parágrafo nono, as regras não se limitavam às vendas, mas regiam todas as alienações onerosas, tais como as trocas, ou as dações em pagamento²³⁷.

Todo escravo que portasse moléstia que o tornasse inservível poderia ser enjeitado mediante prova de que a doença era preexistente à venda, devendo, para tanto, o vendedor ser citado no prazo máximo de seis meses contados da sua entrega. Sendo procedente a demanda do comprador, caberia ao vendedor restituir aquilo que havia recebido pelo escravo, e indenizar as despesas do comprador, tais como o imposto de transmissão e a comissão do corretor. Se a doença, contudo, fosse de tal natureza que pudesse ser facilmente percebida, ou se houvesse sido anunciada pelo vendedor, o escravo não poderia ser devolvido, nem caberia ao comprador ser indenizado pelo seu menor valor. ‘Vícios de ânimo’ seguiam regras um pouco diferentes. O fato de ser o escravo alcoólatra, jogador ou ladrão não autorizavam a sua devolução, mas poderiam dar azo ao abatimento no preço, o que se deveria pedir no prazo de um ano contado da sua entrega. No entanto, se quando da venda o vendedor assegurara que o escravo não tinha vícios, ou se o escravo era ‘fujão’, poderia ser enjeitado. Também autorizavam enjeitá-lo ter o escravo cometido delito passível de condená-lo a pena de morte, ou o fato de ter tentado o suicídio, desde que houvesse ciência do vendedor e este não o declarasse ao comprador²³⁸.

A venda dos escravos da Guiné, fosse ela feita por quem os trouxe de lá, ou por quem contratara a expedição, ou ainda pelo mercador que os comprava para revender – o qual, segundo CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, recebia o nome de ‘tanganhão’ – seguia as mesmas regras previstas pelas Ordenações Manuelinas. Estas mesmas regras permaneciam aplicáveis à venda das ‘bestas’ em geral, com a ressalva de poderem ser enjeitadas por sua falta de ânimo, ou mau jeito, como quando dadas a se rebelar, empinar ou se espantar com facilidade²³⁹.

A regra geral – com prazo de um ano para enjeitar a coisa recebida – seria, ainda, aplicável às coisas inanimadas, fossem elas móveis ou de raiz. E o dispositivo que o

²³⁷ Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, pp. 798-799.

²³⁸ Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, pp. 798-799.

²³⁹ Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, pp. 798-799.

prevê, a saber, o parágrafo 10 do título 17, por sua redação, conduzirá à grande controvérsia que se produzirá na doutrina brasileira oitocentista a respeito das vendas de imóveis com deficiência de área.

Referido parágrafo autoriza que as coisas inanimadas, móveis ou de raiz, podem ser enjeitadas por vícios e ‘faltas’. A questão que se coloca é: o que entender por ‘faltas’? Tratar-se-ia da inexistência de algo – e, naquilo que nos interessa, da falta de área em um imóvel vendido? Ou, por outro lado, tratar-se-ia da imperfeição de algo, e, portanto, propriamente um defeito? A resposta a essa questão é fundamental.

As hipóteses apresentadas nas Ordenações, a título de exemplo, não resolvem a questão: um livro no qual falta um caderno, ou uma folha em parte importante; ou ainda impresso de modo que não possa ser lido; ou ainda um pomar ou horta que naturalmente produza plantas venenosas. MANUEL GONÇALVES DA SYLVA acrescenta outros exemplos, que também não resolvem: uma casa com ares insalubres, um terreno onde nascem serpentes, uma construção com defeitos ocultos nas paredes ou teto²⁴⁰. A ‘falta’ de folhas no livro parece indicar como aceitável a hipótese de ser esta entendida como inexistência de algo. Mas, por outro lado, parece condicionar a devolução ao fato de ter o livro se tornado inútil para o fim a que se destina, já que trata de ‘caderno inteiro’, ou ‘folha em trecho importante’; portanto, a ausência de uma folha em trecho não essencial, ao que parece, não autorizaria o comprador a enjeitá-lo.

Da solução dessa controvérsia decorria até mesmo o direito aplicável às vendas feitas com deficiência de área. Considerando-se ‘falta’ como a inexistência de algo, decorre que as Ordenações Filipinas consideravam a menor quantidade como um defeito equiparável a qualquer outro, havendo, portanto, uma regra expressa aplicável ao caso. Por outro lado, se falta era sinônimo de imperfeição, não havia regra aplicável às vendas de imóveis com deficiência de área, caso em que seriam aplicáveis ao caso as regras propostas pelo direito subsidiário.

²⁴⁰ Cf. MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740, p. 366. Cândido Mendes de Almeida fala, ainda, em casas assombradas por fantasmas, ou com maus vizinhos (Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 799).

2.2.2 – O tratamento da questão segundo as regras do direito subsidiário.

As compilações de direito romano e de direito canônico desde ao menos o século XIII forneceram, em Portugal, soluções para as questões jurídicas existentes, em especial nos meios mais letrados²⁴¹. Disso surgiria a idéia de um ‘direito subsidiário’ pelo uso destes sistemas com a finalidade de preencher as lacunas do direito nacional, os quais eram reconhecidos como imperfeitos ou insuficientes²⁴². Vale dizer, o direito nacional era considerado parte de um todo maior, cabendo-lhe, contudo, o mister de fixar as fronteiras entre os vários sistemas aplicáveis²⁴³.

Já nas Ordenações Afonsinas cria-se um método legalmente definido de se realizar este preenchimento. Em princípio, valiam as normas previstas nas fontes do direito nacional – leis do Reino, estilos da Corte, costumes. Somente se estas não se mostrassem suficientes à decisão do caso sob análise, poder-se-ia recorrer ao direito subsidiário: direito romano justinianeu (“leis imperiais”), se a matéria não versasse assunto de ordem espiritual, e não envolvesse matéria de pecado; direito canônico (“santos cânones”), caso o direito romano não pudesse ser aplicado pelas razões expostas; permanecendo a lacuna, a solução seria buscada na Glosa de Acúrsio, e, se nem nesta a solução fosse encontrada, recorrer-se-ia às opiniões de Bartolo. E, se nem mesmo assim fosse possível encontrar uma solução, seria formulada uma consulta ao monarca, cuja decisão valeria dali em diante para os casos semelhantes²⁴⁴.

As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas continham algumas mudanças em relação ao previsto nas Ordenações Afonsinas. Ambas contemplavam regras de recurso ao direito subsidiário que eram substancialmente as mesmas. Não obstante, houve entre as duas uma mudança de perspectiva: nas Ordenações Manuelinas tais regras estavam contidas no livro dois, que tratava de privilégios e das relações entre Igreja e Estado, o que dava a entender que a matéria envolvia como que um conflito entre as jurisdições eclesiástica e civil; já nas Ordenações Filipinas, o assunto é deslocado para o livro três, que tratava de processo, sinalizando a superação da questão das jurisdições²⁴⁵.

²⁴¹ Cf. p. 267.

²⁴² Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 342-343.

²⁴³ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 313.

²⁴⁴ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 344-347.

²⁴⁵ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 323.

Neste novo sistema, em havendo lacuna, prevalecia a aplicação das regras do direito romano – ou as previstas no direito canônico, se o caso envolvesse pecado. Não se encontrando solução, permanecia o recurso à Glosa, e, a seguir, à opinião de Bártolo, desde que não contrariassem a *communis opinio doctorum*²⁴⁶. Esta, para prevalecer, deveria, em princípio, ser composta por autores posteriores aos dois juristas medievais, e suas opiniões serviriam como parâmetro do pensamento exposto por Acúrsio e Bártolo. No entanto, outro acabou sendo o efeito da medida: na falta de solução prevista no direito nacional, no direito romano e no direito canônico, recorria-se diretamente à *communis opinio doctorum*; e, somente na falta desta, os juristas buscavam soluções na Glosa, e nas opiniões de Bártolo²⁴⁷.

Neste ponto havia muitos abusos. Não era fácil se estabelecer qual era esta opinião comum, o que, por vezes, levava os juristas a pretender sustentá-la com base em um critério qualitativo, e, por outras, em um critério quantitativo. Acabou prevalecendo a idéia de que a *communis opinio* envolvia uma ‘maioria qualificada’: a maioria daqueles que de fato houvessem estudado o assunto, e não apenas a maioria dos que o mencionavam, apoiando-se em opiniões alheias. No entanto, na prática, os juristas não hesitavam em encher suas obras, ou suas petições, de citações, independente de ter o autor pessoalmente considerado ou não o assunto, no intuito de tentar persuadir o leitor – ou o juiz - tão somente com base na grande quantidade de nomes²⁴⁸.

A ‘Lei da Boa Razão’²⁴⁹, de 18 de agosto de 1769, trouxe novas regras sobre a aplicação do direito subsidiário. Novamente, prevalecia o direito pátrio, em qualquer circunstância; e o direito romano somente seria aplicável se sua solução se mostrasse conforme à ‘boa razão’ – a *recta ratio* dos jusnaturalistas, pelo que estar de acordo com a boa razão significava ser o preceito compatível com os princípios de direito natural ou do direito das gentes, tal como formulado por Hugo Grócio e seus discípulos²⁵⁰.

Lacunas que dissessem respeito a questões políticas, econômicas, mercantis

²⁴⁶ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 349.

²⁴⁷ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 340; M. REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 82.

²⁴⁸ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, pp. 365-378.

²⁴⁹ A expressão ‘Lei da Boa Razão’ teria sido cunhada somente no século XIX, por CORREA TELLES. (Cf. M. REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 160; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 464.

²⁵⁰ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 407; Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, p. 405.

ou marítimas deveriam ser supridas pelas leis de outros países cristãos, afastando-se o direito romano. O direito canônico deixava de ser considerado direito subsidiário, ficando sua aplicação relegada aos tribunais eclesiásticos; e a Glosa e as opiniões de Bártolo ficavam proibidas de serem alegadas em juízo²⁵¹. A razão do descarte destes dois juristas que outrora haviam tido suas obras elevadas ao *status* de fonte do direito teria sido o modo como estes autores haviam estudado os textos romanos. Acúrsio e Bártolo consideravam o direito romano justinianeu como um todo orgânico e desprovido de contradições²⁵², com base nisso elaborando distinções e extraindo princípios. Nesse sentido, a Lei da Boa Razão observa que ambos não haviam sido instruídos na história de Roma, donde não tinham meios de compreender seu real sentido. Ainda, não estavam consciente das regras de direito natural e divino que deveriam informar seu trabalho, o que os tornava inadequados aos novos tempos²⁵³.

A nova lei não logrou resolver o problema de eliminar as chicanas processuais; apenas deslocou o seu foco. Se antes a discussão dizia respeito a qual era a opinião predominante entre os doutores, após seu advento passou a ser qual preceito do direito romano estava imbuído da boa razão²⁵⁴.

Por conta disto, os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, viriam a fixar regras que se deveria utilizar para se aferir a boa razão nos textos romanos: a) estar despidos de qualquer superstição ou traços do paganismo dos romanos, ou de qualquer prática incompatível com os costumes e moral dos cristãos; b) se não são opostos aos ditames da razão, esta depurada de qualquer falsa e enganosa aparência ou ilusão em que incorrerão os filósofos estóicos de que se abeberaram os jurisconsultos romanos; c) se não são opostos ao preceituado no direito das gentes tal como reconhecido e praticado pelas nações civilizadas; e d) se não são opostos ao preceituado nas leis políticas, econômicas, mercantis ou marítimas destas nações²⁵⁵.

Ainda, dadas as dificuldades de se apreciar a qualidade dos preceitos romanos,

²⁵¹ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 408.

²⁵² Segundo FRANZ WIEACKER, quando os glosadores interpretam os textos do direito romano justinianeu o fazem procurando construir um conjunto harmônico, tal como os teólogos faziam com os textos da Bíblia. Não pretendiam analisar a justeza de suas disposições, ou as circunstâncias históricas de seu surgimento, ou mesmo a sua aplicabilidade prática, mas tão somente, pela eliminação das contradições, comprovar racionalmente a própria autoridade dos textos (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 48).

²⁵³ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 468.

²⁵⁴ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, p. 423.

²⁵⁵ Cf. *Estatutos da Universidade de Coimbra*, Vol. II, 1ª Ed., Lisboa, Regia Officina Typografica, 1772, pp. 429-430.

ante a profusão de leis que lhe serviriam de padrão de comparação, recomendavam os Estatutos que deveria o intérprete avaliar o ‘uso moderno’ que os jurisconsultos dos demais países da Europa faziam dos textos analisados, pelo que suas obras – referências de reta aplicação do direito romano – acabaram por adquirir valor de fonte supletiva do direito²⁵⁶. Isto consagrava em Portugal o *usus modernus pandectarum*²⁵⁷, do qual se tratará mais adiante, e significava que ‘direito romano conforme à boa razão’ nada mais era do que o modo como era visto e entendido pelos expoentes desta escola: CARPZOV, HEINECCIUS, THOMASIIUS, STRUVE, STRYK, BÖHMER etc²⁵⁸.

Apesar de tudo isso, somente em tribunais onde houvesse juízes com formação jurídica é que a aplicação do direito subsidiário se faria sentir, já que a compreensão dos textos romanos, canônicos, da Glosa, dos Comentários de Bártolo, ou da opinião dos doutores dependia de formação bastante específica, coisa que os juízes dos tribunais locais, em regra, não dispunham²⁵⁹.

Como se dava, efetivamente, o preenchimento das lacunas? O primeiro passo era identificar as lacunas. Se o direito pátrio não trazia regra expressa sobre o tema, deveria o intérprete explorar a compreensão do verdadeiro espírito da lei, ou, ainda, se há uso ou costume que o faça. Somente na omissão de todos estes elementos é que se poderia buscar guarida no direito subsidiário²⁶⁰. Isto levou a alguns autores, como Emmanuelis Gonçalves da Sylva, e mesmo o parágrafo 11º da Lei da Boa Razão, insinuarem que a colmatação das lacunas deveria sempre se iniciar pela busca de outros dispositivos aplicáveis no próprio direito nacional, somente se buscando a solução no direito romano se aquele meio se mostrasse inapto a resolver a questão²⁶¹. E havia até mesmo alguma confusão quanto ao que se considerava ‘direito comum’ - se por isto se deveria entender o direito romano, ou o direito nacional²⁶². Com efeito, é nítido o empenho da legislação pombalina em se buscar valorizar o direito nacional, e atribuir ao direito romano um papel ‘de fato’ subsidiário.

²⁵⁶ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 408; *Estatutos da Universidade de Coimbra*, Vol. II, 1ª Ed., Lisboa, Regia Officina Typografica, 1772, pp. 432-435.

²⁵⁷ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 467.

²⁵⁸ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, p. 419.

²⁵⁹ Cf. M. REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 84.

²⁶⁰ Cf. *Estatutos da Universidade de Coimbra*, Vol. II, 1ª Ed., Lisboa, Regia Officina Typografica, 1772, pp. 428.

²⁶¹ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, p. 354.

²⁶² Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, p. 353.

No entanto, o problema que em geral havia – e que se apresenta na questão da venda de terras com deficiência de área, de que aqui se trata – era o de se preterir o direito nacional por se crer que o direito romano era mais adequado – sendo considerado a própria *ratio scripta*²⁶³; ou por se crer que a solução por ele apresentada era melhor²⁶⁴; ou, ainda, em razão de a formação dos juristas letrados basear-se, fundamentalmente, nos textos do *Corpus Juris Civilis*²⁶⁵. Este era, nos dizeres de BRAGA DA CRUZ, um “problema em aberto”²⁶⁶, o que levou o legislador português, a, desde as Ordenações Afonsinas, buscar combatê-lo, afirmando que o direito nacional era aplicável sempre que existente, “nom embargante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa”²⁶⁷. Destaque-se que, em muitos casos, o direito nacional era criado exatamente para esclarecer ou contrariar as regras do direito justinianeu, especialmente no âmbito do direito privado²⁶⁸, demonstrando o quanto este menoscabo do direito nacional afrontava o espírito da legislação.

Com o passar do tempo, o problema permanece, mas com outra roupagem. Na segunda metade do século XIX o *usus modernus* em Portugal passará a tomar por base não mais o direito romano, mas o presente nas modernas codificações da Europa, em especial os códigos civis da França, Prússia, Sardenha e Áustria²⁶⁹. A introdução deste corpo estranho no direito subsidiário era justificada por juristas do porte de Coelho da Rocha: se os Estatutos da Universidade de Coimbra, esclarecendo a Lei da Boa Razão, permitiam a consulta ao ‘uso moderno’ presente na doutrina das outras nações, com mais razão deveriam os juristas portugueses fazê-lo quanto ao ‘uso moderno’ presente nas suas leis. Para GUILHERME BRAGA DA CRUZ haveria aí um grande sofisma, já que a expressão ‘uso moderno’, longe de ser um casual modo de dizer, era portadora de um conteúdo muito concreto: uma escola jurídica específica que uniu o direito romano ao jusnaturalismo, e a qual continha visões muito diferentes daquelas presentes em algumas das correntes que

²⁶³ Esta expressão teria surgido no século XVI, entre os pós-glosadores franceses com um sentido de que o direito romano não valia por ser Lex, ter força vinculante, mas sim por seu próprio conteúdo, como se fosse a expressão de uma doutrina perfeita (cf. Alejandro Guzmán, *Ratio Scripta*, 1ª Ed., Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1981, p. 10).

²⁶⁴ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 350.

²⁶⁵ Cf. M. REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 85.

²⁶⁶ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, p. 301.

²⁶⁷ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 314.

²⁶⁸ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 417.

²⁶⁹ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, pp. 429-431.

deram origem aos Códigos Modernos, como o positivismo jurídico²⁷⁰.

2.2.2.1 – O tratamento da questão da venda de imóveis com diferença de área pelo direito romano.

O direito romano, já em sua etapa mais arcaica, concedia ao comprador de bens imóveis uma proteção no caso de diferença entre a área declarada pelo vendedor e a efetivamente existente. Dá notícia disto um trecho das Sentenças de Paulo (2.17.4): “*Distracto fundo si quis de modo mentiat, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*”²⁷¹. Esta proteção consistia na *actio de modo agri*, a qual derivava de uma *lex mancipio dicta*²⁷²: uma declaração solene feita pelo vendedor quando da realização de uma *mancipatio*, o modo pelo qual, em geral, as terras eram vendidas nesta época. Era comum na *mancipatio* a afirmação pelo *mancipio dans* – o alienante – das qualidades da coisa vendida, como, além da área, também seus defeitos ou vantagens. E estas afirmações eram reconhecidas como vinculantes pela Lei das XII Tábuas²⁷³. Outro modo de se responsabilizar o transmitente em tais casos era por meio de declarações estipulatórias: estipulações firmadas entre as partes fora da *mancipatio*, criando obrigações específicas, e que poderiam ser exigidas por meio da *actio ex stipulatu*²⁷⁴.

Segundo JÖRS e KUNKEL, este seria o caso mais antigo de responsabilidade por vício de coisa vendida²⁷⁵. Esta percepção da *actio de modo agri* como remédio para a responsabilidade por ‘defeito’ da coisa, ou seja, de consistir a diferença de área em um vício, também é partilhada por BUCKLAND²⁷⁶ e TALAMANCA²⁷⁷. Isto teria apoio em um trecho do ‘*De officiis*’ de Cícero (3, 16, 65), que daria à responsabilidade sancionada pela

²⁷⁰ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981, pp. 433-435.

²⁷¹ “Se o vendedor mente acerca da quantidade em uma venda de um terreno, deve pagar o valor do dobro da quantidade que falsamente afirmou haver, cabendo ao juiz fazer a estimação deste valor”.

²⁷² Cf. W. H. BUCKLER, *The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of the republican period*, 1ª Ed., Londres, C. J. Clay and sons, 1895, p. 61; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1ª Ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 308; M. KASER, *Direito Privado Romano*, 2ª Ed., Lisboa, Calouste, 2011, p. 246.

²⁷³ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 33.

²⁷⁴ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 35.

²⁷⁵ Cf. P. JÖRS; W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966, p. 333.

²⁷⁶ Cf. W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3ª Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1963, p. 491.

²⁷⁷ Cf. M. TALAMANCA, *Isituzioni di Diritto Romano*, 1ª Ed. Milão, Giuffrè, 1990, p. 591.

Lei das XII Tábuas o condão de abranger não apenas a diferença de área, mas todos os vícios da coisa vendida, que deveriam ser declarados pelo vendedor: “*Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur; quae nota essent venditori. Nam, cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infiatu esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta: quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*”²⁷⁸.

Haveria algum outro meio de se responsabilizar o transmitente por defeitos da coisa? Antes do advento dos contratos consensuais e da *emptio venditio*, se houve outro meio de se responsabilizar o *mancipio dans*, além do já visto caso sujeito à *actio de modo agri*, e dos casos onde houvesse *stipulationes* anexas, somente pode ter sido o da utilização da *actio auctoritatis*. Esta, em princípio, somente servia em caso de evicção, mas pode ter sido estendida a todas as situações em que o alienante houvesse assegurado certas qualidades da coisa vendida²⁷⁹. No entanto, tal é indiferente ao nosso objeto, já que, tenha ou não havido já nesta fase uma ampliação da responsabilidade do vendedor para abranger os defeitos não declarados, ou outros defeitos da coisa alienada, é certo que permanecia ele responsável pela área que havia declarado ao comprador, fosse pela *actio auctoritatis*, fosse pela *actio empti*, ou fosse pela antiga *actio de modo agri*.

Por outro lado, para MOREIRA ALVES²⁸⁰, a *actio de modo agri* não tratava propriamente de responsabilidade por vícios redibitórios, mas sim pela existência de um delito. Já ARANGIO-RUIZ entende que a responsabilidade contida na *actio de modo agri* segue um regime próprio, não se confundindo com a oriunda de vícios redibitórios²⁸¹. De todo modo, é a *communis opinio* que posteriormente a *actio de modo agri* passaria a ter natureza penal, punindo a declaração feita dolosamente pelo vendedor de que a área do imóvel era maior do que o real²⁸².

²⁷⁸ “É princípio sancionado pelo nosso direito civil, em matéria de compra e venda de prédios, o dever do vendedor de declarar os vícios da coisa vendida, de seu conhecimento. Pois, como as XII Tábuas se contentaram com obrigar o vendedor a garantir o comprador por tudo quanto aquele declarara, no ato da venda, sujeitando o mesmo vendedor à pena de dolo, caso negasse haver feito a declaração, os juristas estenderam a pena também aos casos de reticência: e decidiram obrigar o vendedor a responder por qualquer vício do prédio, de seu conhecimento, caso não houvesse expressamente indicado ao comprador a existência de tal vício”. Para a tradução, cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 34.

²⁷⁹ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 38.

²⁸⁰ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Vol. II, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 163.

²⁸¹ Cf.

²⁸² Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 32.

Em fase posterior, a jurisprudência republicana teria responsabilizado o vendedor não apenas pelos vícios declarados – quaisquer fossem eles – mas também por aqueles que não declarou, mas deveria ter declarado. Dado o rigor formal da *mancipatio*, tal somente pode ter ocorrido após a existência dos contratos consensuais e responsabilização do vendedor pela *actio empti*²⁸³. A estas, aplicava-se o regime da *bona fides*. Este, oriundo das necessidades do comércio – em especial o comércio internacional, tutelado pelo pretor peregrino – representou um fator de evolução do direito romano por buscar sua melhor adequação à vontade das partes e às exigências da consciência jurídica. Tal regime implicava a se considerar a *exceptio doli* como inerente à relação, podendo sempre ser argüida como defesa. Ainda, possibilitava que o juiz condenasse qualquer das partes, conforme fosse seu convencimento, e não apenas o réu²⁸⁴. Com isto, houve uma tendência em se buscar assegurar a equidade nas relações jurídicas, o que, quanto à compra e venda, obrigava o vendedor, além da entrega da coisa, a garantir ao comprador a sua posse mansa e pacífica, bem como que o que foi entregue tivesse as qualidades esperadas quando realizado o negócio. E pela via da *actio empti* poderia o comprador exigir o ressarcimento do dano causado por se ter concluído um contrato baseado em falsos pressupostos, bem como um abatimento no preço – se excessivo – ou o desfazimento do contrato²⁸⁵. Cícero traz um exemplo pitoresco de aplicação da *actio empti* na venda de um imóvel (*‘De officiis’*, 3, 16, 65). Um certo *Tiberius Claudius Centumalus* possuía uma casa no monte *Coelius*. Os áugures empregavam o monte para fazer certas observações, e parte da casa de *Tiberius* – por sua altura – obstruía sua visão. Com isso, determinaram a *Tiberius* a demolição da construção. Este imediatamente colocou a venda seu imóvel, vindo a vendê-lo a *Publius Calpurnius Lanarius*. Este também foi comunicado da determinação de se demolir a construção, e veio a saber que quando *Tiberius* anunciara a casa à venda, já estava ciente da necessidade de demoli-la. Com isso, levou o caso a juízo, onde se decidiu que, já que o vendedor estava ciente da determinação dos áugures, e a omitiu, era responsável por fazer boa a coisa para o comprador, reparando seu prejuízo.

Um problema permanecia, contudo: a *actio empti* somente era aplicável quando o vendedor houvesse dolosamente declarado a existência de uma qualidade inexistente – como a extensão do terreno vendido – ou dolosamente ocultado algum defeito.

²⁸³ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 35.

²⁸⁴ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 11ª Ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1952, pp. 298-299.

²⁸⁵ Cf. P. JÖRS; W. KÜNKEL, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966, p. 334.

Desconhecendo os defeitos, não poderia ser responsabilizado por este meio²⁸⁶.

O *jus honorarium* criaria um princípio geral de responsabilidade pelos vícios, tendo em vista as vendas de animais e escravos feitas nos mercados. Estas estavam sujeitas à jurisdição de certos magistrados especiais, chamados *aediles curules*, que concediam as ‘ações edilícias’. Pelo Editto destes magistrados, ficavam os vendedores de animais e escravos sujeitos a declarar todos os defeitos que pudessem onerar a mercadoria, tais como enfermidades – temporárias ou permanentes – falhas de caráter etc. Esta declaração, em princípio, era feita por um cartaz escrito e afixado na cabeça do escravo à venda. Mas posteriormente – quando as ações edilícias passam a ser aplicáveis não apenas nos mercados, mas em qualquer venda de escravos – bastava a declaração oral dos defeitos²⁸⁷. Para proteger os compradores, previa a possibilidade destes exigirem *stipulationes* que responsabilizassem o vendedor também por aquilo que silenciara. Se o vendedor realizasse tal *stipulatio*, ficaria responsável pelos prejuízos eventualmente causados por vícios que viessem a aparecer. Por outro lado, se não a realizasse, o comprador poderia exigir a devolução do preço mediante a restituição da coisa, dentro de dois meses contados da venda; ou, se achasse mais conveniente, pedir a redução do preço no montante de seu prejuízo, o que poderia fazer em até seis meses contados da venda²⁸⁸. E, diferentemente do que ocorria no *jus civile*, qualquer destes meios de tutela do comprador independiam do conhecimento dos vícios pelo vendedor²⁸⁹.

Estas ações previstas pelo *jus honorarium* puderam ser utilizadas quanto a bens imóveis? Segundo MOREIRA ALVES, houve uma ampliação do seu uso quanto ao aspecto territorial: se em princípio esta tutela se destinava apenas às vendas ocorridas nos mercados situados em Roma, passou, com o tempo, a ser aplicável também em todo o território da Itália, e mesmo nas províncias senatoriais. No entanto, não obstante haja discussão, é *communis opinio* que quanto à natureza das coisas vendidas, somente no tempo de Justiniano estas ações do *jus honorarium* puderam ser manejadas em relação a

²⁸⁶ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, pp. 40-41; Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Vol. II, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 163; Cf. P. JÖRS; W. KÜNKEL, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966, p. 333. Há, no entanto, estudos recentes que pretendem indicar – com base em uma passagem de Labeão – haver já na época clássica uma responsabilidade estendida do vendedor, e exigível pela *actio empti*, abrangendo casos em que não houvesse dolo (Cf. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1ª Ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 319-321).

²⁸⁷ Cf. R. MONIER, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Vol. II, 4ª Ed., Paris, Domat Montchrestien, 1948, p. 160.

²⁸⁸ Cf. P. JÖRS; W. KÜNKEL, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966, p. 335.

²⁸⁹ Cf. P. JÖRS; W. KÜNKEL, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966, p. 336; Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Vol. II, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 164.

bens que não fossem animais ou escravos²⁹⁰.

O direito justinianeu traria mudanças que repercutiram na venda de imóveis com diferença de área. As garantias fornecidas pelas ações edilícias foram estendidas - por meio de interpolação, especialmente em D. 19.1.11.3²⁹¹ e D. 21.1.1 pr²⁹² - à venda de todos os tipos de coisa, passando a abranger, também, qualquer defeito²⁹³. Com isso, a responsabilidade por vícios passa a constituir elemento natural do contrato de compra e venda²⁹⁴. Ainda, o desaparecimento da *mancipatio* levou também ao desuso da *actio de modo agri* e das *dicta in mancipio*. Estas foram substituídas por uma responsabilidade geral do vendedor por todas as qualidades que afirmara ter a coisa, independente da forma por que o fizera. Por essa razão, a possibilidade de o comprador exigir que o vendedor garantisse as qualidades da coisa por meio de uma *stipulatio* anexa - não obstante ainda possível - deixou de ter sentido²⁹⁵.

Dessa maneira, a via aberta ao comprador para exigir seus direitos passaria a ser, em qualquer caso, a da *actio empti*. Esta seria cabível independente do dolo do vendedor, impondo sua responsabilidade por quaisquer defeitos que a coisa contivesse, mesmo que desconhecidos por ele, ou para fazer valer as qualidades que afirmara possuir. E esta passaria a permitir ao comprador ser indenizado não apenas pelos prejuízos efetivamente sofridos - interesse negativo - mas também pelos lucros cessantes - o interesse positivo. A distinção outrora existente entre *jus civilis* e *jus honorarium* desaparece, não mais havendo, por conseguinte, necessidade de se optar entre a *actio empti* e as ações edilícias. A via seria sempre a da *actio empti*, cabendo ao comprador escolher qual finalidade dar a ela: o desfazimento da venda, ou a redução do preço pago. O desfazimento da venda poderia ser pedido no prazo de seis meses, contados da venda, ao passo que o abatimento no preço deveria ser pedido em até um ano²⁹⁶.

E este seria o caminho aberto a quem comprasse uma área de terras com

²⁹⁰ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Vol. II, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 164-165; I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 49.

²⁹¹ “*Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*” (Labeão e Sabino advertem, e nós os acompanhamos, que no juízo da compra está contida também a redibitória).

²⁹² “*Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*” (Labeão afirma que o Edito dos Edis Curuis fazia referência a vendas de coisas, tal como o solo, ou coisas móveis ou ainda semoventes).

²⁹³ Esta seria a opinião dominante, não obstante não seja unânime. Cf. R. MONIER, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Vol. II, 4ª Ed., Paris, Domat Montchrestien, 1948, p. 164.

²⁹⁴ Cf. I. M. MOREIRA ALVES, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 71.

²⁹⁵ Cf. P. JÖRS; W. KÜNKEL, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966, p. 336.

²⁹⁶ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 72.

tamanho inferior ao declarado pelo vendedor. Se o vendedor declarasse a área do imóvel vendido – o que poderia ou não ocorrer, já que seria perfeitamente possível apenas mencionar o nome da propriedade – responderia, independente de má-fé, ou mesmo de ciência quanto ao real tamanho do fundo, pelo tamanho declarado. E, em não correspondendo o declarado à realidade, caberia ao comprador pleitear, por meio da *actio empti*, nos prazos mencionados, o desfazimento da venda ou abatimento no preço; o que em tudo acaba por equiparar a diferença de área aos vícios redibitórios.

2.2.2.2 – O problema à luz do *usus modernus pandectarum*.

O método de estudo do direito romano conhecido como *usus modernus pandectarum* surgiu na Alemanha do século XVII, em uma transição entre a Escola dos Comentadores e a Escola Histórica. O seu nome deriva do título de uma obra de SAMUEL STRYK, publicada em vários volumes entre 1690 e 1712, de nome *specimen usus moderni pandectarum*²⁹⁷. Caracteriza-se por agregar em um mesmo método a filosofia racionalista, o nacionalismo jurídico e o estudo do direito romano feito com finalidades práticas²⁹⁸. Seu objeto não é o estudo científico do *Corpus Juris Civilis*, mas a aplicação prática de todos os direitos que compunham as ordens jurídicas dos territórios localizados na Alemanha: o direito romano, os vários direitos locais e os direitos privado, processual, penal, constitucional e eclesiástico comuns²⁹⁹.

A escola surge em um momento de estagnação cultural na Alemanha. Seus integrantes eram, em geral, generalistas, à moda do estilo barroco: tratavam em conjunto de inúmeros ramos do direito, e, além deste veio acadêmico, também ocupavam cargos como o de membros de tribunais, juristas da coroa, consultores ou integrantes do conselho privado (*Geheimer Rat*) de um príncipe territorial³⁰⁰.

Em um primeiro momento – em que pontificaram BENEDIKT CARPZOV³⁰¹

²⁹⁷ Cf. R. ZIMMERMANN, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in, *Towards a European Civil Code*, 4a Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 35.

²⁹⁸ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 392.

²⁹⁹ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 237.

³⁰⁰ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, pp. 238-240. Wieacker reconhece que é difícil transpor um conceito da história da arte ao direito, mas, por sua amplitude, sede por elementos materiais, vitalidade, e talentos enciclopédicos poder-se-ia considerar o *usus modernus pandectarum* como expressão jurídica do alto barroco europeu.

³⁰¹ BENEDIKT CARPZOV nasceu em 1595 no seio de uma família de juristas. Formou-se em Wittenberg em 1618, viajou pela Itália, França e Inglaterra, e, ao longo de sua vida, ocupou uma série de cargos, como o de

(1595 – 1666) e GEORG ADAM STRUVE³⁰² (1619 – 1692) - a exposição dos temas tratados mantinha grande influência do método dos comentadores medievais, marcado pela escolástica. CARPZOV, por exemplo, era um mestre da realização de sumas e sínteses³⁰³. E Struve ordenava suas obras, por vezes, pela ordem das Pandectas; por vezes, pela ordem das matérias; e outras vezes, ainda, segundo o modelo escolástico de exposição – *definitio, divisio, subjectum, causa, effectus*³⁰⁴. Não obstante, já havia um esforço de se adaptar os preceitos oriundos dos vários direitos estudados ao jusnaturalismo de Hugo Grotius, eliminando-se aquilo que estava obsoleto, e preservando-se aquilo que ainda era aplicável – ou seja, os preceitos que eram suscetíveis de ‘uso moderno’³⁰⁵. Se os preceitos ainda eram aplicáveis isto significava serem conformes à razão e ao direito natural³⁰⁶.

Este novo modo de se ver e compreender o direito romano derivava do questionamento da idéia da *translatio imperii*, ou seja, a vigência plena do direito romano na Alemanha em razão dos imperadores alemães serem sucessores dos imperadores romanos. Negada a *translatio*, somente poderiam valer os preceitos romanos efetivamente recepcionados e aplicáveis³⁰⁷. Isto resultava de uma crise da autoridade – outrora absoluta – do direito romano. Desaparecera a *Respublica Christiana*; a Igreja não mais aplicava o direito romano para seus assuntos temporais; o monarca absoluto não mais precisava dele para legitimar seu poder³⁰⁸.

No final do século XVII a influência do jusnaturalismo racionalista se faria sentir também na formulação da doutrina e na prática do direito. Nesta etapa o direito nacional seria integrado como parte da ordem jurídica vigente, estudando-se o conteúdo e história juntamente com o direito romano³⁰⁹. Isto ocorre na Alemanha especialmente nas obras de SAMUEL STRYK³¹⁰ (1640-1710) e de JUSTUS HENNING BÖHMER³¹¹ (1674-1749).

professor em Leipzig, e o de membro do conselho do Príncipe Eleitor de Dresden (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 241).

³⁰² Nascido em Magdeburgo, estudou em Jena e Helmstedt. Igualmente ocupou diversos cargos ao longo de sua vida, tais como o de professor, membro do Conselho Palatino de Saxe-Weimar, e presidente do conselho de tutela do príncipe herdeiro Johann Wilhelm (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 243).

³⁰³ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 241.

³⁰⁴ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 243.

³⁰⁵ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 393.

³⁰⁶ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 460.

³⁰⁷ Cf. A. MANUEL ESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um milênio*, 1ª Ed., Mem Martins, Publicações Europa – América, 2003, p. 190.

³⁰⁸ Cf. N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 456.

³⁰⁹ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 393-394.

³¹⁰ Samuel Stryk foi professor em Frankfurt e reitor da recém criada universidade de Halle. Era genro de Johann Brunemann, outro autor considerado integrante da Escola, e, quando em Frankfurt, foi professor de

STRYK, como já se disse, é o autor da obra que deu nome ao movimento. Valorizou a aplicação do direito privado alemão e, sob influência jusnaturalista, questionou – ainda que timidamente – a possibilidade de se provar a ocorrência de crimes de feitiçaria e a validade das provas obtidas sob tortura, bem como utilizou sem embaraço nos divórcios em que atuou o instituto da *quasi desertio*³¹². BÖHMER foi autor de uma série de estudos de direito canônico e de história da Igreja que buscavam compatibilizar as crenças da ‘Igreja Primitiva’ com os preceitos da confissão protestante, além de uma edição crítica das *institutas*, um manual do digesto, e uma série de manuais técnicos destinados à praxe cotidiana do direito³¹³.

Já em meados do século XVIII AUGUSTIN LEYSER³¹⁴ (1683-1752) vai mais longe na aceitação da influência jusnaturalista. É um seguidor confesso de Pufendorf, por vezes fundamentando suas decisões diretamente no direito natural, ou na obra deste. Nesse sentido, chegava a aproximar-se do arbítrio e de um direito de criação judicial (WIEACKER o remete à ‘justiça do *cadi*’³¹⁵), determinando, em sua prática como magistrado, o adiamento do cumprimento de prestações; a elevação de preços fixados contratualmente com base na cláusula *rebus*; o aumento *ex officio* do pedido do autor; bem como validava testamentos em que somente mulheres figurassem como testemunhas – em oposição ao que previa a legislação em vigor à época³¹⁶. Também desta época é outro integrante da escola, JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS³¹⁷ (1681 – 1741), considerado em seu tempo ‘o mais

Thomasius (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 244).

³¹¹ Justus Henning Böhmmer nasceu em Hannover e tornou-se mestre e catedrático na universidade de Halle. Serviu também como chanceler do ducado de Magdeburg (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 244).

³¹² Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 244. A *quasi desertio* era um instituto do direito eclesiástico luterano que consistia em uma causa de divórcio. Neste sistema, em princípio os divórcios somente poderiam ocorrer em caso de adultério, ou no de um dos cônjuges, de forma dolosa e inescusável, abandonar o lar. Não autorizava o divórcio, por exemplo, o fato de o cônjuge ausentar-se longamente em virtude de estar em uma campanha militar. A *quasi desertio* servia como uma amenização do abandono: a má fé poderia ser presumida, ou mesmo ficta, nos casos em que o abandono, por sua longa duração, autorizava concluir que o ausente já deveria ter falecido, ou caído em adultério. A respeito, cf. J. WITTE JR, *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in Western Tradition*, 2ª Ed., Louisville, Westminster John Knox Press, 2012, p.154.

³¹³ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 245

³¹⁴ Augustin Leyser foi professor em Wittenberg, onde também ocupou, ao longo de toda a vida, um posto no Tribunal Palatino (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 245).

³¹⁵ O ‘*cadi*’ (*qadi*) é um juiz religioso do direito muçulmano cujo poder, tradicionalmente, gozava de jurisdição plena e quase ilimitada. No entanto, vem perdendo importância na modernidade, dando lugar a juízes seculares obrigados a respeitar as normas dos soberanos (Cf. J. GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, 2ª Ed., Lisboa, Calouste, 1995, pp. 120-122).

³¹⁶ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 246.

³¹⁷ Johann Gottlieb Heineccius foi discípulo de Thomasius, e professor nas universidades de Halle, Franecker e Frankfurt am Oder (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 247).

famoso dos juristas alemães³¹⁸. Heineccius recebeu o aporte da erudição do humanismo jurídico cultivado nos países baixos, combinado aos objetivos práticos do *usus modernus* nas obras de JOHANNES VOET (1647 – 1713), CORNEL VAN ECK (1664-1732), HENRIK BRENNMANN (1680 – 1736), ANTONIS SCHULTING (1659 – 1734) e CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK (1672 – 1745)³¹⁹. Realizou investigações sobre a história do direito romano, à moda da ‘escola elegante’, bem como sobre o direito privado alemão, e sobre a história do direito alemão, onde se revela com mais força seu pendor jusnaturalista, ao lado de um manual de direito natural inspirado na obra de THOMASIIUS³²⁰. E, já às vésperas do advento da Escola Histórica LUDWIG JULIUS FRIEDRICH HÖPFNER³²¹ (1743 – 1797) e CHRISTIAN FRIEDRICH VON GLÜCK³²² (1755 – 1831), criaram obras que deixaram profunda influência sobre o cotidiano do direito civil da época³²³.

A influência do *usus modernus* se espalhou para fora da Alemanha. Em Portugal, de maneira tardia, e já em fase avançada é que a escola se fez sentir³²⁴, tendo sido, como se viu, adotada ‘oficialmente’ pela Lei da Boa Razão .

³¹⁸ Cf. M. HEGER, *Recht im “Alten Reich” – Der Usus Modernus*, in, *ZJS* (01) (2010), p. 32.

³¹⁹ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 246.

³²⁰ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 248. CHRISTIAN THOMASIIUS (1655 – 1728), nascido em Leipzig, filho de um estudioso de Aristóteles, conheceu as obras de Puffendorf em Frankfurt, onde estudou. Foi professor em Leipzig, onde incentivou que as aulas fossem ministradas em alemão, e fundou a primeira revista científica escrita em alemão. Em 1690, passa a ser professor em Halle, onde permaneceria até o final de sua vida. Sua influência vai além do direito, tendo deixado obra abrangente nos âmbitos da teologia, política, filosofia, e educação, que forneceram os parâmetros do iluminismo alemão mais antigo. Escreveu sobre o direito natural, contribuindo para o rompimento deste com suas raízes metafísicas, e relegando a ética e a moralidade à interioridade dos indivíduos – fruto do pessimismo de raiz luterano-pietista (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, pp. 356-358).

³²¹ LUDWIG JULIUS FRIEDRICH HÖPFNER foi professor em Giessen entre 1771 e 1781, e, posteriormente, integrou o Tribunal Superior de Apelação em Darmstadt (Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 249).

³²² CHRISTIAN FRIEDRICH VON GLÜCK nasceu em Halle em 01º de julho de 1755, e em 1777 tornou-se professor na universidade local. Em 1784 aceitou o honroso convite de ser professor na Universidade de Erlangen, posição que ocupou por 47 anos, até sua morte (Cf. K. F. GÖSCHEL, *Zur theologisch – juristischen Biographie und Literatur*, 2ª Ed., Schleusingen, Verlag von Konrad Clafer, 1842, p. 451).

³²³ Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 244.

³²⁴ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 394.

2.3 – O tratamento da questão pela doutrina e jurisprudência.

2.3.1 – Da aparente falta de interesse pelo assunto: razões históricas.

Como se viu, houve em Roma, em certa época, uma *actio* específica para tutelar o comprador de imóveis cuja área verdadeira era menor do que a declarada pelo vendedor. E, como se verá adiante, muitos códigos modernos trazem artigos específicos com esta finalidade.

No entanto, a doutrina civilista brasileira anterior à codificação pouco trata da questão. Apenas na segunda metade do século XIX é que surgiriam casos relativos à matéria na jurisprudência pátria, e, a propósito disso, ocorreria uma polêmica - que se verá adiante - relativa ao direito aplicável ao caso.

Se, por conta da precariedade das antigas técnicas de medição, e pela importância que a questão recebeu no direito romano e nos códigos modernos, pode-se concluir que o problema era comum e universal, qual seria a razão de ser ignorado pelos juristas brasileiros?

A explicação somente pode ser o modo por que se constituiu a propriedade territorial no Brasil. Como já se viu anteriormente, três eram as características das propriedades no país, ao menos até a primeira metade do século XIX: baixo valor da terra, grande extensão das áreas, e limites mal definidos.

O baixo valor da terra e a grande extensão implicavam em pouca diferença fazer para o comprador alguns hectares a mais ou a menos, de forma que uma demanda judicial para obter a diferença provavelmente lhe custaria mais caro do que esta valia, e lhe traria mais aborrecimentos do que benefícios.

E os limites mal definidos - em especial nos casos recorrentes em que o imóvel nunca fôra demarcado - dificultavam, ou mesmo impossibilitavam a análise de quanto media efetivamente o terreno vendido.

Ora, se não há marcos e divisas fixados, como saber o que exatamente se comprou? Somando-se a isto o fato de que provavelmente os vizinhos também não haviam demarcado as suas propriedades, era perfeitamente factível que o comprador, sendo o primeiro a demarcar suas terras, acabasse por fazê-lo invadindo os terrenos confinantes, até obter o total da extensão que havia comprado. E, com isso, não haveria diferença de área a ensejar desfazimento do negócio, ou abatimento no preço.

Estas razões fizeram com que pouca importância prática tivesse no Brasil, até certa época, o tratamento jurídico da questão, situação que veio a mudar na segunda metade do século XIX.

2.3.2 - O tratamento dado pela doutrina e jurisprudência brasileira oitocentistas.

Como se disse, somente no final do século XIX a questão será tratada pelos civilistas brasileiros, e tal se dará a propósito de alguns casos que chegaram aos tribunais.

Desse modo, no intuito de não se violentar a conformação do pensamento jurídico da época, nem se projetar no passado conceitos do presente, a análise do tratamento da questão neste período do direito anterior à codificação será feita com base em uma polêmica ocorrida entre PEDRO LESSA e CAMPOS TOLEDO, adiante exposta, a qual viria a ser reconhecida por CLÓVIS BEVILÁQUA como “renhida e brilhante discussão”³²⁵.

A polêmica tem o mérito de apresentar todas as fontes possíveis – quer normativas, quer doutrinárias – dentro do horizonte da discussão civilista da época, e, por essa razão, guiará nossa exposição.

2.3.3 – O debate entre Pedro Lessa e Antonio de Campos Toledo.

No crepúsculo do século XIX uma polêmica foi travada a respeito do tratamento jurídico que deveria ser dado à questão da venda de terras com tamanho inferior ao declarado pelo vendedor. Os contendores foram, de um lado, PEDRO LESSA³²⁶, o qual à

³²⁵ Cf. C. BEVILÁQUA, *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro*, in *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, pp. 79-80.

³²⁶ PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA nasceu em Serro – MG, no dia 25 de setembro de 1859. Concluiu em Minas o curso de humanidades, e, em 1883 obteve o grau de bacharel na Faculdade de Direito de São Paulo, onde, em 1888, viria a obter o grau de doutor. Neste mesmo ano de 1888 foi nomeado lente substituto da Faculdade, e, por decreto de 21 de março de 1891, passou a catedrático. Neste ano ainda seria nomeado chefe de polícia, e eleito deputado na Assembléia Constituinte paulista. A experiência pública duraria pouco tempo, dedicando-se exclusivamente à advocacia e ao magistério até 1907, quando foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. Faleceu no Rio de Janeiro em 25 de julho de 1921 (cf. C. B. HORBACH, *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*, 1ª Ed., Brasília, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência do

época era advogado e catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, e, do outro, ANTONIO DE CAMPOS TOLEDO, advogado, ex-deputado da assembléia provincial³²⁷, e ex-professor da Faculdade de Direito de São Paulo, onde lecionou em 1891 a disciplina “Explicação Sucinta de Direito Pátrio Constitucional e Administrativo”³²⁸.

Trata-se de uma amostra exuberante da cultura jurídica da época, revelando o proceder do *usus modernus pandectarum*, bem como de alguns dos abusos que a Lei da Boa Razão intentara extinguir mais de cem anos antes.

2.3.3.1 – O primeiro artigo de Pedro Lessa: início da polêmica.

A polêmica se iniciou com a publicação no volume XVI da “Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo”³²⁹ de um artigo³³⁰, escrito por PEDRO LESSA, a propósito de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia sido publicado no ano anterior³³¹, afirmando que “a jurisprudência pátria mais de uma vez tem repudiado a doutrina verdadeira sobre os direitos e obrigações do vendedor e do comprador de imóveis, na hipótese de verificar-se deficiência, ou excesso, na quantidade estipulada”.

O acórdão dizia respeito ao caso narrado na introdução deste trabalho: a

Supremo Tribunal Federal, 2007, pp. 17-18).

³²⁷ Cf. *Actas da Assembléia Provincial de São Paulo* (1862-1869), pp. 8-9.

³²⁸ Cf. W. FERREIRA, *Os Lentes e Professores e suas Cathedras*, in, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (24) (1928), p. 169.

³²⁹ A *Gazeta Jurídica* teve seu primeiro volume distribuído em 1893, e perdurou até 1914. Seu corpo de redatores era composto por nomes como Carlos Augusto de Souza Lima – então presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo; Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado da Silva, procurador-geral do Estado de São Paulo; os professores da Faculdade de Direito de São Paulo João Pereira Monteiro, Brazílio Augusto Machado d’Oliveira, José Mendes de Almeida Júnior, Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho; dentre outros. Seu conteúdo, além de doutrina e legislação, possuía especial preocupação com a publicação de decisões selecionadas do Tribunal de Justiça de São Paulo. O periódico, por toda sua existência, pertenceu a particulares. Há, no entanto, certa polêmica quanto ao seu proprietário. Armando Soares de Castro Formiga noticia que uma catalogação feita em 1915 por Affonso de Freitas indicava que seu primeiro proprietário fôra o advogado Campos Toledo – exatamente um dos debatedores em nossa polêmica. Este teria, posteriormente, vendido a revista – não se sabe exatamente em que data - a Antonio Ildefonso da Silva, o qual, por sua vez, a teria vendido, a Alberto Cardoso Franco. No entanto, segundo ele, tal informação é incorreta. A revista teria sido, ao longo de toda sua existência, de propriedade do advogado Manuel Augusto Alvarenga, graduado na Faculdade de Direito de São Paulo, e autor de um livro sobre a Lei Hipotecária (Cf. A. S. DE CASTRO FORMIGA, *Periodismo Jurídico no Brasil do Século XIX: História do Direito em Jornais e Revistas*, 1ª Ed., Curitiba, Juruá, 2010, pp. 165-167).

³³⁰ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898).

³³¹ Cf. Apelação Cível 1.157 do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão foi publicado no volume XV da *Gazeta Jurídica*, em 1897.

venda do ‘Sítio Cabussu’ pelo Capitão Joaquim Francisco de Paula Rabello e sua mulher a Justo Nogueira de Azambuja, Emilio Rangel Pestana e esposas. Em 17 de março de 1891 foi firmada, por escritura pública, a promessa da venda do imóvel. A escritura mencionava ser o imóvel “todo vallado”, ou seja, seus limites estavam demarcados; e que sua área media ‘ao menos’ 800 alqueires, razão por que seria vendido por 200:000\$000. Esta promessa de venda, no entanto, ficava sujeita a uma condição suspensiva: a realização da medição da imóvel, a qual ficaria a cargo dos compradores. Uma vez medido o imóvel, a escritura de venda e compra deveria ser lavrada em no máximo três meses, contados da data da promessa.

O imóvel foi medido, apurando-se uma área de apenas 506 alqueires e 4.850 braças quadradas. Então, foi lavrada a escritura pública de compra e venda, estabelecendo-se um preço de 126:750\$000. No entanto, quando os compradores vieram a dividir o imóvel, no intuito de separar a parte de cada um, constataram que o imóvel era ainda menor: media apenas 383 alqueires e 2.568 braças quadradas. Sentindo-se prejudicados, ajuizaram ação contra os vendedores, pleiteando a restituição de parte do preço pago, afirmando que, dada a diminuição do preço proporcional à diminuição de área constada – de 200:000\$000 para 126:750\$000, inferia-se que a venda fôra feita à razão de 250\$000 por alqueire. Portanto, como o imóvel era ainda menor, menor, ainda, deveria ter sido o preço.

Os vendedores, ao contestar o pedido dos compradores, alegaram que aquilo que venderam fôra o “Sítio Cabussu”, pelo valor de 126:750\$000; e não 506 alqueires e 4.850 braças quadradas, pelo valor de 250\$000 por alqueire.

Em primeira instância, o juiz João Thomaz de Mello Alves considerou que as escrituras não consistiam em mero *pactum adjectum* à venda³³², mas configuravam “verdadeiros contratos”, e eram, por si, fontes originárias das obrigações. Dessa maneira, como contratos deveriam ser interpretadas: dever-se-ia priorizar a intenção das partes mais do que o sentido literal de suas disposições. E, considerando os depoimentos prestados, e a própria condição de se realizar a medição, concluiu que a intenção dos compradores sempre fora a de comprar oitocentos alqueires.

Com isso, reconhecia que os compradores tinham direito ao pleiteado abatimento no preço pago. No entanto, como - segundo o magistrado - o meio de se obter esta diferença era o da ação *quantum minoris*, e como o prazo de prescrição desta era de um

³³² O que o juiz estava querendo dizer é que a escritura não era um meio de se dar forma pública a algo que já fora firmado por instrumento particular, mas consistia no próprio contrato de venda.

ano, julgou improcedente o pedido, em decorrência de já estar prescrita a ação.

O acórdão confirmou a decisão de primeira instância. No entanto, surgiria nele uma discussão interessante. Segundo a decisão, o juiz de primeira instância havia julgado ter havido prescrição em razão de considerar o pleito enquadrado na ação *quanti minoris*, a qual teria base no disposto no título 17 do Livro 4 das Ordenações, visto anteriormente.

No entanto, segundo o acórdão, tal não seria o mais adequado, já que o caso não envolvera vício da coisa vendida, mas sim “venda de coisa cuja quantidade foi posteriormente verificada e achada menor”. Isto daria lugar a outra ação – a ação *ex empto*, com natureza ‘mista’ real e pessoal, e, por isso, prescritível em trinta anos. No entanto, se a venda viesse a ser considerada ‘*ad corpus*’- na qual, segundo o tribunal, o perigo da coisa vendida corria por conta do comprador - não teria este direito a abatimento no preço, se houvesse diminuição na quantidade. E, considerando ter tal ocorrido no caso sob análise – o sítio ter sido vendido pelo preço total de 126:750\$000, e não por 250\$000 por alqueire – foi mantida a sentença, ainda que sob outro fundamento.

Para fundamentar sua decisão, o acórdão citava, quanto à não ocorrência da prescrição, o parágrafo 348 da Doutrina das Ações, de CORREA TELLES³³³; o título 79 do livro 4 das Ordenações Filipinas; o item 262 da obra ‘*De La Vente*’, de Troplong³³⁴; e o parágrafo 465 das ‘Instituições’ de COELHO DA ROCHA³³⁵. Como se verá, nenhum deles trata especificamente do caso em questão, mas tão somente das regras acerca da prescrição das ações oriundas de contratos em geral, ou, no caso de Troplong, do cabimento da ação *ex empto* para se compeli o vendedor a entregar a coisa vendida.

Já quanto à ação cabível, e as regras a ela aplicáveis – por tratar-se, no caso, de venda ‘*ad corpus*’ – citava o artigo 288 do Digesto Português³³⁶, o parágrafo 28 da Dissertação VII dos Fascículos de Lobão³³⁷, os comentários de MANUEL GONÇALVES DA

³³³ Cf. J. H. CORREA TELLES, *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal*, 2ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1824, p. 141.

³³⁴ Cf. R. T. TROPLONG, *De La Vente, ou Commentaire du Titre VI du Livre III du Code Civil*, vol. I, 4ª Ed., Paris, Charles Hingray, 1845, p. 354.

³³⁵ Cf. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, J. Augusto Orcel, 1857, p. 366.

³³⁶ Cf. J. H. CORREA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tractado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar, e Administrar e de a Transferir por Derradeira Vontade para Servir de Subsídio ao Novo Código Civil*, vol. III, 5ª Ed., Coimbra, J. Augusto Orcel, 1860, p. 49.

³³⁷ Cf. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, p. 343.

SILVA a Ord. 4.8.6³³⁸, a nota de TEIXEIRA DE FREITAS ao item 690 da Doutrina das Ações de CORREIA TELLES³³⁹, e o item 339 do ‘*De La Vente*’ de TROPLONG³⁴⁰.

O acórdão foi objeto dos embargos previstos no artigo 662 do Regulamento 737 (Decreto 737, de 25 de Novembro de 1850), e sobreveio nova decisão. Esta viria a manter o decidido anteriormente: reconhecia não ter havido prescrição, dado que a ação de que se tratava era a *ex empto*, e não a *quantum minoris*; e entendia que, de fato, a venda fora feita em caráter *ad corpus*, já que o objeto era coisa determinada – o sítio ‘Cabussu’, descrito e individualizado. Ainda, não obstante a venda fosse condicionada à medição, nada havia nas escrituras que indicasse que o preço estivesse condicionado por ela. Isto se depreenderia da constatação de que, na hipótese de o imóvel medir mais de 800 alqueires, ainda assim os compradores pagariam por ele os mesmos 200:000\$000. E, portanto, não haveria para o comprador qualquer direito.

Houve, contudo, um voto vencido no julgamento dos embargos. Seu prolator também recusou a alegação de prescrição, por considerar que se tratava de ação *ex empto*, e não *quantum minoris*. No entanto, lhe pareceu que não se tratava, no caso, de venda com caráter *ad corpus*, mas sim *ad mensuram*, já que, com base em uma medição, se estipulou o preço. E, em tais casos, a falta de medida equivaleria à retenção de parte da coisa vendida. Caberia ao vendedor entregar a coisa na sua integralidade, ainda que ignorasse a diferença de tamanho; e, por outro lado, caberia ao comprador lhe demandar a entrega do que faltou, ou ser indenizado pela diferença no preço. O autor do voto vencido sustenta sua posição com base em trechos do Digesto (D. 19.1.6 pr., 19.1.4.1 e 18.1.40, cujo conteúdo será visto mais adiante), e na obra de VAN WETTER³⁴¹. E conclui afirmando que ainda que se tratasse de venda *ad corpus*, haveria responsabilidade do vendedor pela diferença, o que faz citando DESIRÉ DALLOZ³⁴².

Antes de passar às críticas de PEDRO LESSA, convém analisar as decisões apresentadas.

A decisão proferida em primeira instância considerava que a diferença de

³³⁸ Cf. M. G. SYLVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740, p. 242.

³³⁹ Cf. J. H. CORREIA TELLES, *Doutrina das Ações Accommodada ao Foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. 293.

³⁴⁰ Cf. R. T. TROPLONG, *De La Vente, ou Commentaire du Titre VI du Livre III du Code Civil*, vol. I, 4ª Ed., Paris, Charles Hingray, 1845, p. 454.

³⁴¹ Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1ª Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, pp. 262-265.

³⁴² Cf. D. DALLOZ, *Repertoire Methodique et Alphabetique de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence en Matière de Droit Civil, Commercial, Criminel, Administratif, de Droit des Gens et de Droit Public*, Vol. XLIII, 2ª Ed., Paris, Bureau de La Jurisprudence Generale, 1858, p. 103.

área, ou seu equivalente em dinheiro, eram passíveis de serem pleiteadas pelos compradores por meio da ação *quanti minoris*. E o fazia por reconhecer que a área declarada pelos vendedores era uma ‘qualidade’ do bem querida e esperada pelos compradores, o que resultava da interpretação das escrituras de promessa e de venda à luz da vontade das partes. Com tudo isso, considerava que a diferença de área era equiparável a um ‘defeito’ do imóvel; e, portanto, sua decisão fundamentava-se – de forma singela, mas fiel à Lei da Boa Razão, e ao correto uso do Direito Subsidiário - no título 17 do livro 4 das Ordenações.

Outros são os fundamentos dos acórdãos proferidos pelo Tribunal; e, diga-se desde já, nem sempre os fundamentos apresentados são coerentes com o decidido. O título 79 do livro 4 das Ordenações previa o prazo de 30 anos para a prescrição de ações que diziam respeito a obrigações oriundas de contrato ou ‘quasi-contrato’, contendo uma regra geral que era excepcionada, por exemplo, pelos prazos previstos pelo título 17, visto anteriormente.

COELHO DA ROCHA, citado pelas decisões, nada diz a respeito do caso em si, apenas enunciando as regras contidas no mencionado título 79³⁴³. TROPLONG expõe a ação *ex empto* como meio de se exigir a entrega da coisa comprada, explicando por que se considera ‘mista’: é real, já que, pelas regras do *Code Napoleon*, a compra e venda transfere a propriedade, e, portanto, o comprador, uma vez realizado o contrato, já detem o seu domínio; por outro lado, é também pessoal, já que pode ser oposta ao vendedor, a fim de se exigir a tradição³⁴⁴. Doutrina inadaptável ao direito brasileiro – como pretendeu fazer o acórdão – onde, como já se viu, a transmissão da propriedade sempre dependeu de um modo de aquisição da propriedade. E, quanto à ‘Doutrina das Acções’, de fato o parágrafo 349 trata da ação empregada em se compelir o vendedor a realizar a entrega da coisa. No entanto, logo a seguir, em nota ao parágrafo 354, que trata da ação *quanti minoris*, CORREA TELLES apresenta como exemplo de aplicação do dispositivo exatamente a questão da venda com diferença de área³⁴⁵. Ou seja, não considera cabível, para o caso, a ação *ex empto*, oriunda do inadimplemento da obrigação de se entregar certa quantidade de terras – como decidido no acórdão – mas sim as ações *redhibitoria* e *quanti minoris*, o que invalidaria a conclusão pela prescrição trintenária. Esta compreensão do autor também é

³⁴³ Cf. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, J. Augusto Orcel, 1857, p. 366.

³⁴⁴ Cf. R. T. TROPLONG, *De La Vente, ou Commentaire du Titre VI du Livre III du Code Civil*, vol. I, 4ª Ed., Paris, Charles Hingray, 1845, pp. 454-455.

³⁴⁵ Cf. J. H. CORREA TELLES, *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal*, 2ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1824, p. 145.

revelada no Digesto Português, outra obra citada na decisão, no qual os itens dedicados ao problema da venda com diferença de área, a saber, 287 e 288, encontram-se sob a rubrica “Da redibição, e abatimento no preço”³⁴⁶. Por outro lado, como se vê da leitura dos itens 287 e 288, CORREA TELLES considera que o comprador terá direito à redibição ou abatimento no preço somente nas situações em que o imóvel é vendido com preço estabelecido em função de cada unidade de medida, nada podendo reclamar se o preço foi fixado em função do todo. Quais são os fundamentos desta compreensão? A responsabilidade do vendedor no caso do item 287 funda-se no disposto em D. 18.1.40.2³⁴⁷. Já a inexistência de qualquer responsabilidade para o vendedor, nas vendas cujas medidas eram meramente enunciativas, prevista no item 288, funda-se em D. 19.1.13.14³⁴⁸, D. 21.2.45³⁴⁹ e na opinião de VOET, que será vista adiante. Isto, como se verá, conduzirá a críticas severas, porém adequadas, de PEDRO LESSA.

E não é CORREA TELLES o único autor citado pelo acórdão a entender que a diferença de área consistia em vício redibitório. TEIXEIRA DE FREITAS, na edição da “Doutrina das Acções” adaptada ao direito brasileiro, endossa a opinião do jurisconsulto português³⁵⁰.

³⁴⁶ É a seguinte a redação dos mencionados itens: “287. Se o vendedor vendeo um campo a tanto por geira ou por vara afirmando, que tinha certo numero daquelas medidas; o comprador pode repetir o preço, que deu de mais, se o campo tiver menos medidas. 288. Mas se o campo foi vendido por determinado preço, a enunciativa de ter tantas geiras ou varas não dá direito ao comprador de pedir rebate, ainda que na verdade não tenha tantas varas”. (Cf. J. H. CORREA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tractado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar, e Administrar e de a Transferir por Derradeira Vontade para Servir de Subsídio ao Novo Código Civil*, vol. III, 5ª Ed., Coimbra, J. Augusto Orcel, 1860, p. 49).

³⁴⁷ Nota: Quanto às fontes romanas, que adiante serão mencionadas, transcreveremos o texto, seguido da sua tradução, sempre na primeira vez em que forem mencionadas a partir de aqui. “*Qui agrum vendebat, dixit fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat: viginti inventa sunt. Pro viginti deberi pecuniam respondit*” (Alguém vendeu um pedaço de terra, disse que o imóvel continha 18 *jugera*, que este seria medido, e que o preço certo estava estipulado por cada um dos *jugera*; e 20 [*jugera*] foram apurados. Responderá pelo dinheiro correspondente ao devido pelas 20).

³⁴⁸ “*Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege emptionis dictum est in fundo centum esse iugera et antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere*” (Se Tício vendeu um imóvel que media 90 *jugera*, e declarou na venda que este media 100 *jugera*, e, antes de o imóvel ser medido, 10 *jugera* foram acrescentados por meio de aluvião, me agrada a opinião de Nerácio, para quem se o vendedor estivesse ciente da deficiência quando da venda, caberia contra ele a ação *ex empto*, mesmo se as 10 *jugera* houvessem sido acrescentadas ao campo, pois este acréscimo não eliminou seu dolo; mas se ignorava a diferença quando vendeu, não caberá a ação *ex empto*).

³⁴⁹ “*Qui fundum tradiderat iugerum centum, fines multo amplius emptori demonstraverat. Si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate eius emptori praestandum ait, quamvis id quod relinqueretur centum iugera haberet*” (Um vendedor entregou a um comprador um imóvel contendo cem *jugera* de área, mas, ao apresentá-lo, lhe apontou limites muito mais amplos do que isto. Se ocorresse a evicção de qualquer parte dentro destes limites, o vendedor responderia ao comprador pela qualidade da coisa, ainda que a parte que lhe restava tivesse cem *jugera*).

³⁵⁰ Cf. J. H. CORREA TELLES, *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. 293.

LOBÃO trata da diferença entre a venda *ad corpus* e *ad mensuram*; contudo, o faz ao tratar do risco pela coisa vendida, e não da responsabilidade do vendedor pela diferença. Segundo ele, alguém que compra vinho sem o provar é um insensato. No entanto, a venda da bebida, em geral, poderia ser feita de três maneiras: com a condição de se provar ou gostar; ‘por grosso’, ‘a olho’, ou ‘montão’, o que tecnicamente significa uma venda por aversão; e por quantidade de ‘almudes’, uma unidade de medida empregada em tais negócios³⁵¹. E, dada a já mencionada importância de o comprador provar a mercadoria, o provar e gostar seria uma condição presumida nas vendas por quantidade de almudes. Já na venda por grosso tal condição seria, em princípio, afastada³⁵². O problema que se colocava era o do instante da tradição do vinho, tendo em vista a responsabilidade pelo seu perecimento. Nas vendas com condição de provar e gostar, a tradição somente era considerada ocorrida – e, portanto, a responsabilidade transmitida ao comprador – após a aprovação do produto. Já na venda pura e simples – como ocorria na venda a grosso – tal não era necessário. Se, sem provar a bebida, e ainda na adega do vendedor, o comprador assinalasse os tonéis que comprara, o risco passaria a ser seu³⁵³. Situação um pouco diversa ocorria na venda por almudes. Se, antes de provar o vinho, o comprador assinalava os tonéis que lhe interessavam, e, após prová-lo, o aprovava, considerava-se realizada a tradição do conteúdo dos tonéis assinalados – nos limites da quantidade vendida – mesmo antes da extração do líquido e medição dos almudes vendidos³⁵⁴. Contudo, tal como na venda de terras, nem sempre era fácil determinar se a venda de vinho fora feita a grosso ou por almude – respectivamente, análogos à venda de imóvel *ad corpus* e *ad mensuram*. O autor fornece alguns subsídios para a distinção: a) se a declaração do vendedor se inicia pela coisa vendida – vendo o tonel com tantos almudes, vendo o prédio tal com tantas geiras – trata-se de venda por aversão, ou *ad corpus*; já se a declaração se inicia pela medida – vendo tantos almudes de tal tonel, vendo tantas geiras de tal prédio – trata-se de venda por almude ou *ad mensuram*; b) se não se fala em medidas, ou não se distribui o

³⁵¹ CF. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, p. 327.

³⁵² CF. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, p. 330.

³⁵³ CF. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, p. 334.

³⁵⁴ CF. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, p. 339.

preço por elas, tem-se venda por aversão; se se fala em medidas, e o preço é calculado em função delas, tem-se venda *ad mensuram* ou *por almude*; c) o modo como, na província em questão, habitualmente são feitos tais negócios, se por aversão ou se por almude; d) se o preço corresponde a um todo – caso em que será a venda por aversão; ou se corresponde aos almudes tratados, caso em que será venda pro almude³⁵⁵. Mas, apesar das tentativas de se estabelecer critérios seguros, o autor reconhece que a matéria é conjectural³⁵⁶. De forma que, não obstante Lobão forneça uma contribuição valiosa à compreensão do que são vendas *ad corpus* e vendas *ad mensuram*, o artigo nada contribui à discussão entre o cabimento da ação *ex empto*, e das ações *redhibitoria* e *quantum minoris*.

Manoel Gonçalves da Silva trata da responsabilidade não apenas do vendedor, mas também do comprador nas vendas com diferença de área e nas vendas de vinho. Segundo ele, pelo costume, se a quantidade de terras ou de vinho entregue fosse maior do que a declarada na venda – em razão, por exemplo, de se ter estipulado uma certa quantidade de tonéis, e os tonéis entregues comportarem um volume maior ou menor do que o costumeiro – caberia, na venda *ad mensuram*, ao comprador ressarcir o vendedor, se a quantidade recebida fosse maior do que o esperado; e ao vendedor ressarcir o comprador, ou abater o valor do preço, se a quantidade fosse menor. Já nas vendas *ad corpus* a solução costumeira seria defeituosa, segundo o autor: se a quantidade entregue fosse menor do que o esperado, caberia ao vendedor ressarcir; já se fosse maior, o comprador lucraria a diferença; o que, para ele, era injusto³⁵⁷. Assim, mais adequada seria a solução proposta pela *communis opinio*: nas vendas *ad corpus*, se a quantidade entregue fosse maior, caberia ao comprador indenizar, se o excesso fosse pequeno; ou resilir o contrato, se fosse grande e lhe fosse incomodo indenizar o vendedor³⁵⁸. Em nenhum momento, porém, trata da natureza da diferença de área ou de quantidade, nem da ação que seria cabível para se pleitear aquilo que caberia ao comprador ou ao vendedor.

Quanto ao voto vencido, é importante verificar o que dizem os trechos do Digesto invocados, e o que afirmam VAN WETTER e DALLOZ. O primeiro trecho do Digesto

³⁵⁵ CF. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, p. 348.

³⁵⁶ Cf. CF. M. A. S. LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fascículo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, pp. 342-344.

³⁵⁷ Cf. M. G. DA SYLVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740, p. 241.

³⁵⁸ Cf. M. G. DA SYLVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740, p. 242.

é o contido em D. 19.1.6:

*“Tenetur ex empto venditor, etiamsi ignoraverit minorem fundi modum esse”*³⁵⁹.

Esta passagem do digesto é um exemplo da extensão da responsabilidade do vendedor pelas qualidades da coisa - operada pelo direito justinianeu – às situações em que estava de boa-fé, já que, como se viu, em épocas mais antigas do direito romano sua responsabilização dependeria de dolo, ou de estar ciente do vício, ou da ausência de qualidade, presente na coisa; ou, como ocorria na *actio de modo agri*, do seu tamanho inferior. Dessa maneira, não obstante possa ele ser demandado por meio de ação *ex empto*, tal não significa que a falta de área não era equiparada ao vício redibitório. Ao contrário, o uso desta ação derivou do desaparecimento da distinção entre *jus civile* e *jus honorarium*, havendo, a partir de então, um único meio de se responsabilizar o vendedor, e, portanto, equiparando a falta de área aos vícios da coisa. O segundo trecho do digesto mencionado no voto vencido é o contido em D. 19.1.4.1, e também aproxima a falta de área dos vícios:

*“Si modus agri minor inveniatur, pro numero iugerum auctor obligatus est, quia, ubi modus minor invenitur, non potest aestimari bonitas loci qui non exstat. Sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius, ut puta si dictum est vineae iugera tot esse vel oliveti et minus inveniatur: ideoque his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio”*³⁶⁰.

No trecho citado, Paulo afirma que a falta de área impede a apreciação da qualidade da coisa vendida, seja considerando-se o todo do imóvel, seja considerando-se

³⁵⁹ “O vendedor responde pela ação *ex empto* ainda que ignorasse ser o imóvel de tamanho menor”.

³⁶⁰ O início “*I*” é o que consta da edição do digesto de MOMMSEN e KRUEGER. Já na edição de VIGNALI, aparece a grafia “*Si*”, que é a que foi empregada para a tradução a seguir (Cf. G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, Vol. III, 1ª Ed., Napoli, Achille Morelli, 1857, p. 11). “*Si modus agri*” é também o modo como o trecho aparece nas Basílicas em Bas. 19.8.4 / Heimbr. “Se a medida de um campo é descoberta menor, o seu senhor fica obrigado pelo número de *jugerum*, pois onde se encontra medida menor, não se pode estimar a boa qualidade daquilo que não está presente. Mas não apenas se a medida do campo como um todo for menor é que se pode agir contra o vendedor, de modo que tal também é possível quanto a parte do campo, por exemplo se declarado que há tantos *jugera* de vinhas, ou de olivais, e menos se encontra: e por isso nestes casos se fará uma estimativa segundo a boa qualidade do lugar”.

algo que o compõe. E tal é assim porque a área, ou o conteúdo são qualidades importantes do imóvel, pelas quais ficava o vendedor responsável. E nessa linha é o pensamento de VAN WETTER, o qual, não obstante não confunda a situação em que há diferença entre a área declarada pelo vendedor e a efetivamente entregue com a situação dos vícios redibitórios - já que, para ele, vícios sempre dizem respeito a defeitos propriamente ditos, ao passo que a área declarada pelo vendedor é uma qualidade da coisa vendida - reconhece que as duas situações recebem o mesmo tratamento jurídico³⁶¹. Dessa maneira, se um imóvel fosse vendido por um preço global, e o vendedor afirmara que continha uma certa área, seria responsável por ela, tal como seria por qualquer qualidade garantida. Assim, se a área efetivamente entregue fosse menor, o comprador teria direito a um abatimento no preço, ou ao desfazimento do negócio, conforme tivesse ou não realizado a compra se soubesse qual era a área verdadeira. Por outro lado, se houvesse excesso de área, não haveria para o vendedor direito a um aumento no preço, já que o comprador aceitara pagar aquele preço em função de receber a integralidade do imóvel. Em tal caso, a indicação da medida seria destinada tão somente a indicar um mínimo de área que deveria ser entregue pelo vendedor. Por outro lado, se o imóvel houvesse sido vendido com um preço fixado com base em um certo valor por cada unidade de área, a garantia devida pelo vendedor seria a mesma. No entanto, na hipótese de o imóvel ser maior do que o declarado, caberia ao comprador pagar a diferença - já que o preço fora estipulado com base na área do bem³⁶². Ainda, segundo o autor, a mesma idéia seria aplicada quanto a outras qualidades atribuídas ao imóvel: a presença de certos gêneros de cultura, como um vinhedo, ou uma plantação de oliveiras. Em tais casos, o único cuidado seria o de se apurar adequadamente o valor da qualidade que o imóvel não apresentava, bem como se definir se a presença destas características eram essenciais ou não considerando-se a intenção de contratar do comprador³⁶³.

O terceiro trecho do digesto mencionado no voto vencido é o contido em D. 18.1.40, e não diz respeito ao assunto em questão:

“Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat, ut emptor in

³⁶¹ Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1a Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, p. 262.

³⁶² Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1a Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, pp. 262-263.

³⁶³ Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1a Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, pp. 263-264.

diebus triginta proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret, et si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset: emptor intra diem mensurae quo minorem modum esse credidit renuntiavit et pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit et cum ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri quam putaverat invenit: quaerebat, an id quod minor is esset consequi a suo venditore posset. Respondit interesse, quemadmodum lex diceretur: nam si ita dictum esset, ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur et domino renuntiet, quanto modus agri minor sit, quo post diem trigensimum renuntiasset, nihil ei profuturum: sed si ita pactum esset, ut emptor in diebus proximis fundum metiatur et de modo agri renuntiet, etsi in diebus triginta renuntiasset minorem modum agri esse, quamvis multis post annis posse eum quo minor is modus agri fuisset repetere”³⁶⁴.

Neste trecho, não se trata propriamente do modo por que deve o comprador demandar ao vendedor a diferença de área, não obstante esteja implícita a responsabilidade deste último por ela. Na verdade, o que há é uma limitação temporal desta garantia. Na primeira hipótese – a de a condição consistir em o comprador medir o campo dentro do prazo de trinta dias e comunicar ao vendedor o quanto sua área era menor do que o declarado – não há propriamente uma condição, mas um termo final para o exercício, pelo comprador, da faculdade de reclamar a diferença de área. Passado o prazo concedido para reclamação, não mais seria responsável o vendedor. Na segunda hipótese – a de a condição consistir em se medir o imóvel dentro dos trinta dias seguintes e comunicar ao vendedor a área encontrada – há efetivamente uma condição, e resolutive: se o comprador,

³⁶⁴ “Alguém que vendeu um imóvel havia afirmado como condição que, o comprador o medisse dentro dos trinta dias seguintes e lhe desse conhecimento da área, e que, se não o fizesse antes do prazo, ficava dissolvido o compromisso do vendedor; o comprador manifestou dentro do prazo a área que entendia haver de menos, e recebeu o valor correspondente; posteriormente, vendeu o imóvel, e, ao medi-lo para seu comprador, encontrou área muito menor do que acreditava haver; então, pergunta-se: poderia conseguir do vendedor o que recebera a menos? Respondeu-se que importava saber de que modo fora posta a condição; porque se se houvesse expressado de maneira tal que o comprador mediria o imóvel nos trinta dias seguintes, e que manifestaria ao dono o quanto era menor a área do campo, aquilo que encontrasse após o prazo em nada lhe aproveitaria. Mas se se houvesse pactuado de maneira tal que o comprador mediria o imóvel nos dias seguintes, e daria conhecimento ao vendedor da área do campo encontrada, então ainda que já houvesse feito a comunicação dentro dos trinta dias, e mesmo depois de muitos anos, poderia reclamar a diferença”.

dentro do prazo fixado, não medisse o campo e comunicasse ao vendedor a área apurada, a venda seria desfeita. Dessa maneira, nada acrescenta quanto à natureza da falta de área ou da ação que deveria ser proposta pelo comprador para ser ressarcido, não servindo de fundamento ao voto vencido estudado.

Também DALLOZ não trata da questão, abordando, na passagem invocada, o mesmo assunto referido por LOBÃO em seu artigo sobre venda de vinhos: o momento da transferência da propriedade nas vendas *ad mensuram*, e, por conseguinte, quem arca com os riscos por seu perecimento³⁶⁵.

Após o comentário às decisões, far-se-á, agora a análise da crítica de PEDRO LESSA.

O primeiro ponto estabelecido pelo autor é crucial. No entanto, tal como se de um postulado indiscutível se tratasse, é afirmado sem maiores discussões: considerava que não havia no direito brasileiro regra aplicável ao caso, e, portanto, a ele seria aplicável o direito romano, já que o título 8 do livro 4 das Ordenações – que habitualmente vinha sendo invocado para tanto, como ocorrera no acórdão em questão – tratava dos riscos da coisa vendida, e não de uma deficiência de quantidade preexistente à venda³⁶⁶, e de que o direito romano “nesta matéria é o nosso direito, porquanto as normas expostas não se prendem a nenhuma subtileza, preconceito, ou razão peculiar ao povo romano”³⁶⁷. De fato, o título 8 do livro 4 das Ordenações não tratava do assunto. E de fato as regras do direito romano acerca do ponto apresentavam a universalidade querida pela Lei da Boa razão.

Entretanto, não foi este o trecho invocado no acórdão, mas sim o título 17, que tratava dos vícios redibitórios. Quanto a este, afirma PEDRO LESSA que também não seria aplicável, já que trata apenas de vícios ocultos, e não da presença das qualidades declaradas no contrato. E, em suporte de sua opinião, cita uma série de pareceres publicados no “Tratado Jurídico-Prático da Medição e Demarcação das Terras” de MACEDO SOARES³⁶⁸. Estes pareceres foram proferidos por cinco juristas –

³⁶⁵ Cf. D. DALLOZ, *Repertoire Methodique et Alphabetique de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence em Matière de Droit Civil, Commercial, Criminel, Administratif, de Droit des Gens et de Droit Public*, Vol. XLIII, 2ª Ed., Paris, Bureau de La Jurisprudence Generale, 1858, p. 103.

³⁶⁶ Cf. P. LESSA, Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “*Ad Corpus*” e “*Ad Mensuram*”, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 282.

³⁶⁷ Cf. P. LESSA, Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “*Ad Corpus*” e “*Ad Mensuram*”, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 285.

³⁶⁸ Cf. A. J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juízes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos*

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, o CONSELHEIRO MAFRA, o CONSELHEIRO AFFONSO CELSO – posteriormente Visconde de Ouro Preto - e seu filho ‘Conde’ AFFONSO CELSO JUNIOR, e o advogado J. BAPTISTA PEREIRA - a propósito do seguinte caso: Em março de 1880 um certo Feliciano comprou de um Vicente uma fazenda de cultura, havendo declarado o vendedor que esta media 60 alqueires de terras³⁶⁹. Quando lavrada a escritura, o comprador afirmou que somente a assinaria se o vendedor expressamente se obrigasse pela diferença eventualmente existente, completando com mais terras a quantidade entregue, ou restituindo parte do preço. O vendedor concordou com esta condição, estipulando-se no contrato que “o comprador não terá direito de reclamar se na fazenda forem encontrados 209 hectares; do mesmo modo que o vendedor nenhuma reclamação poderá fazer se forem achados 215”. Ou seja, poderia o comprador reclamar se houvesse na fazenda menos de 209 hectares, bem como poderia o vendedor fazê-lo se houvesse mais de 215. Entre 209 e 215 hectares, nada era devido entre ambos. Dois anos depois da venda o comprador mediu a fazenda comprada, descobrindo então que esta media apenas 133 hectares, ou seja, 76 a menos do que o garantido. E, reclamando do vendedor a entrega da área faltante, ou devolução do equivalente, este se negou a cumprir estabelecido, alegando ter ocorrido prescrição. Diante disso, perguntava-se: a) se havia ou não direito para o comprador de reclamar a entrega de terras em suplementação, ou de pleitear a diferença no preço pago; b) se era cabível a prescrição de um ano alegada, e como esta era contada; c) se a ação cabível era a *quantum minoris* ou a *ex empto*; e d) quais seriam as defesas que poderiam ser alegadas pelo vendedor neste caso.

Os pareceristas são unânimes quanto a ter o comprador direito ao complemento da área ou abatimento no preço, com argumentos bastante semelhantes: o de haver responsabilidade para o vendedor de entregar exatamente aquilo que estipulara na venda, o que lhe poderia ser demandado por meio da ação *ex empto*. Segundo LAFAYETTE³⁷⁰, por meio desta ação se poderia compelir o vendedor a entregar a quantidade

divisórios, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 407.

³⁶⁹ O alqueire de terra é, segundo MACEDO SOARES, a superfície necessária ao plantio de um alqueire de milho (o qual é uma medida de volume, que pode variar desde 13,8 litros, como em Lisboa, a 40, em Ouro Preto). Disso decorre a variação da medida, já que a depender da qualidade e localização da terra, e da qualidade do milho plantado, a extensão necessária a tanto pode variar enormemente. Em São Paulo e no Paraná, o alqueire mede 5.000 braças quadradas, equivalentes a 24.200 metros quadrados, ou 2,42 hectares. Em outras localidades, por exemplo, pode medir 2,7225 hectares (Cantagalo, no Rio de Janeiro). No caso citado, o alqueire considerado media 3,483 hectares, totalizando uma medida esperada de 208,98 hectares (cf. A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, pp. 403-407).

³⁷⁰ A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto*

tratada de terras, ou conceder o abatimento no preço. Por essa razão, não era cabível a prescrição de um ano a contar da entrega da coisa vendida, destinada às ações edilícias, mas sim a de 30 anos, prevista para as obrigações oriundas de contrato em geral – em que, novamente, todos concordavam. O ponto central da discussão era o direito aplicável, e, por conseguinte, a natureza da ação posta à disposição do comprador. O único que fundamentou seu entendimento no direito nacional foi o CONSELHEIRO MAFRA, indicando o título 2 do livro 4 das Ordenações³⁷¹, o qual reputa a compra e venda perfeita quando presentes os requisitos de *res, pretium et consensus*, e determina ao vendedor – tão logo pago o preço – a obrigação de entregar a coisa. LAFAYETTE – sem considerar a prevalência do direito pátrio – fundamentava seu entendimento diretamente no direito romano, em especial o disposto em D. 19.1.6, de que já se falou. Segundo ele, era cabível a ação *ex empto* em razão de a deficiência de área não se tratar de vício ou defeito da coisa, ou da não existência de qualidades declaradas pelo vendedor, mas sim da retenção de parte da coisa vendida. As ações edilícias seriam cabíveis quando a coisa é entregue em sua ‘integridade’, mas tem defeito ou lhe falta alguma qualidade; já a ação *ex empto* seria cabível na falta de medida ou quantidade expressa no contrato, deixando-se de entregar parte da coisa. Ainda, criticava CORREA TELLES, pela já exposta doutrina presente no Digesto Português e na Doutrina das Ações, buscando apoio em dois autores representantes do humanismo holandês do século XVII³⁷², VOET³⁷³ e HUBER³⁷⁴, e em Maynz³⁷⁵. No entanto, o problema do caso era mais complexo: o vendedor efetivamente entregara alguma coisa; a questão era saber se a coisa entregue havia sido adequada ou não.

MAYNZ, de fato, via, sob um certo aspecto, a questão da venda com deficiência de área como um problema de não ter havido o cumprimento pelo vendedor da prestação contratada, afirmando que a coisa deveria ser entregue tal como foi estipulado no contrato, ou tal como, dadas as circunstâncias, o comprador esperava recebê-la. Mas deve-se atentar a um detalhe: esclarece o autor que se o ‘objeto’ do contrato fosse uma

Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 409-411.

³⁷¹ A . J. MACEDO SOARES, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 411.

³⁷² Cf. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004, p. 181.

³⁷³ Cf. T. BERWICK, *A Contribution to na English Translation of Voet's Commentary on the Pandects*, 2a Ed., Londres, Stevens & Haynes, 1902, pp. 12-13.

³⁷⁴ Cf. U. HUBER, *Positiones Juris Secundum Institutiones & Pandectas*, 4ª Ed., Franeker, Johannem Gyselaar, 1685, p. 213.

³⁷⁵ Cf. C. MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Vol. 2, 3a Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique d'Aug Decq, 1870, p. 185.

‘quantidade’ de alguma coisa, seria exatamente esta quantidade que deveria ser entregue, sob pena de inadimplemento, de forma que, se fosse entregue quantidade menor do que o declarado, caberia ao vendedor complementar a quantidade entregue ou conceder um abatimento no preço; e se, por outro lado, a quantidade fosse maior, caberia ao comprador restituir o excesso, ou pagar a diferença do preço. Já se o objeto da venda fosse composto por coisas individualizadas – o que, para ele, abrangeria as vendas em bloco, equivalentes às ‘por aversão’ de LOBÃO – e houvesse indicação de medida ou quantidade, o vendedor seria responsável pelo ‘defeito’ de medida ou quantidade se esta fosse menor do que o declarado, mas nada poderia reclamar se a medida ou quantidade entregue fosse maior do que o declarado³⁷⁶. Ou seja, a deficiência de área seria tratada como inadimplemento, se o objeto da venda era certa quantidade de terras; e seria tratada como defeito, se o objeto da venda era uma coisa específica e individualizada, o que faz muito sentido.

VOET também leva em conta o fato de se ter vendido uma certa quantidade da coisa, ou o seu ‘corpo’. Se a terra foi vendida por quantidade, e apurou-se haver mais, ou menos, caberia um aumento ou diminuição proporcional do preço. A mesma idéia seria aplicável se a quantidade total apurada fosse conforme ao previsto no contrato, mas não suas partes integrantes: por exemplo, se fossem vendidos vinte *jugera* de terra, dos quais dez deveriam ser vinhedos, e dez deveriam ser pastagens, e, posteriormente, se apura que na verdade havia apenas oito *jugera* de vinhedos, sendo os outros doze compostos por pastagens. Se o imóvel, por outro lado, fosse vendido como um corpo íntegro e individualizado, e sem indicação de medidas, não haveria qualquer responsabilidade pela diferença, salvo se tivesse ocorrido dolo do vendedor. Se, nas mesmas circunstâncias, o vendedor declarava a área do imóvel, mas não se responsabilizava por ela – seja pelo uso de fórmulas como ‘mais ou menos’, ‘ou quanto quer que contenha’, ou mesmo expressamente excluindo sua responsabilidade – ou se declarava a área, mas apontava com precisão quais eram os limites do imóvel, então, em princípio não haveria responsabilidade pela diferença. No entanto, se a diferença fosse grande demais, para mais ou para menos – caso em que VOET considerava ser um ‘defeito’ – então poderia haver direito a aumento ou diminuição no preço, ou a restituição de parte do que fora entrega. E segundo o autor, a definição de ‘diferença grande demais’ era algo que ficava a cargo do costume de cada região³⁷⁷.

³⁷⁶ Cf. C. MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Vol. 2, 3a Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique d’Aug. Decq, 1870, pp. 185-186

³⁷⁷ Cf. T. BERWICK, *A Contribution to an English Translation of Voet’s Commentary on the Pandects*, 2a Ed.,

Já HUBER apenas vislumbrava a possibilidade de haver aumento ou diminuição no preço nas situações em que o imóvel era vendido em função de seu tamanho, ainda que o preço fosse estabelecido para o todo: “*ad certa jugera vendito pretioque in singula constituto*”. E o fundamento seria o não cumprimento da obrigação. Já se houvesse fórmulas que indicassem que a venda fora feita “*ad speciem*” – em função da coisa individualizada, e não de uma certa quantidade – e houvesse diferença, não haveria qualquer direito nem para o comprador, nem para o vendedor³⁷⁸.

Apesar de os pareceristas terem sido unânimes no sentido de não serem aplicáveis as ações edilícias, esta conclusão fere as já vistas regras do uso do direito subsidiário. Como se viu, o parágrafo 9º do título 17 do livro 4 estendia a aplicação de suas regras aos bens de raiz, e o parágrafo 10º às situações em que neles houvesse ‘faltas’. Ainda, dada a equiparação do tratamento pelo direito romano justinianeu entre a venda com deficiência de área e a venda de coisa com vícios redibitórios, e a franca inspiração romana do tratamento deste assunto pelas Ordenações³⁷⁹, deve-se concluir que havia sim regra aplicável, especialmente levando-se em conta que, segundo o espírito do direito subsidiário, o recurso ao direito romano deveria ser uma *ultima ratio*, e não o princípio da solução dos casos.

Pois bem. Após estabelecer que o direito aplicável seria o direito romano, PEDRO LESSA distingue as vendas *ad mensuram* das vendas *ad corpus*. *Ad mensuram* seria a venda cujo preço foi determinado por cada unidade de medida, a qual, segundo as regras do direito romano, não apresentava maiores dificuldades – cabendo ao vendedor responder pela falta e ao comprador pelo excesso de área. É interessante observar que esta conclusão é fundada não apenas no direito romano (D. 18.1.40.2, já citado, e D. 11.6.3.3³⁸⁰), mas também, além das já examinadas obras de VAN WETTER, MANUEL GONÇALVES DA SILVA, e CORREA TELLES, na obra de ACCARIAS³⁸¹, e nos Códigos Civis da França³⁸² e da Itália³⁸³.

Londres, Stevens & Haynes, 1902, pp. 12-13.

³⁷⁸ Cf. U. HUBER, *Positiones Juris Secundum Institutiones & Pandectas*, 4ª Ed., Franeker, Johannem Gyselaar, 1685, p. 213.

³⁷⁹ Cf. O. DE SOUZA LIMA, *Teoria dos Vícios Redibitórios*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 1965, p. 151.

³⁸⁰ “*Sed si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus a mensore, consequenter dicit Pomponius non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emptorem, nisi et hic emptor solvendo non sit*” (Mas se o vendedor, enganado pelo agrimensor, entregar uma quantidade maior de terra, diz Pompônio que não cabe ação contra o agrimensor, pois o vendedor dispõe da ação *ex vendito* contra o comprador, salvo se este último não for solvente).

³⁸¹ Cf. C. ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, Vol. II, 1ª Ed., Paris, Cotillon, 1882, p.443.

³⁸² Artigos 1.617 e 1.618: Artigo 1.617: *Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat ; Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.* Artigo 1.618: *Si, au contraire, dans le cas de*

Já a venda *ad corpus* seria aquela cujo preço fora estipulado globalmente, pela totalidade da coisa. No entanto, indica como exemplo de venda *ad mensuram* a situação em que um imóvel é comprado com uma certa finalidade, e, por deficiência de área, se mostra imprestável a este fim³⁸⁴. Ora, a finalidade do imóvel comprado não faz com que mude aquilo que foi vendido. Se o objeto da venda foi imóvel individualizado, não se pode dizer que seu preço foi estabelecido em função de cada unidade de medida. E se parece adequado que em tal caso haja direito de ressarcimento ao comprador, tal se deve à falta de uma qualidade declarada pelo vendedor relativamente ao imóvel vendido.

Prossegue PEDRO LESSA afirmando que são claras as regras quando se trata de venda *ad mensuram*. No entanto, quanto à venda *ad corpus*, reinaria a confusão, especialmente considerando-se o fato de que MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, CORRÊA TELLES E TEIXEIRA DE FEITAS – como já visto – negavam ao comprador qualquer direito quando houvesse deficiência de área em vendas tais, no seu entender, sem qualquer fundamento³⁸⁵. É correta sua opinião. De fato, como afirma, o disposto em D. 19.1.13.14 – que isenta o vendedor de responsabilidade que, sem conhecer a realidade, vendera imóvel menor, vindo este a ser posteriormente preenchido pelo aluvião – não é aplicável ao caso, já que, entregando-se a área declarada, somente seria cabível responsabilidade para o vendedor se houvesse dolo. E o disposto em D. 21.2.45 – que trata da ocorrência de evicção em parte do imóvel, sem que o remanescente seja menor do que a área declarada na venda – não indica a isenção da responsabilidade do vendedor, nas vendas com limites definidos, ao contrário; segundo Pothier, neste caso o vendedor é responsável pela evicção, já que o imóvel que vendera fora o todo compreendido dentro dos limites que indicara ao comprador, não havendo diminuição da garantia pela indicação de área menor³⁸⁶.

l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédent est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

³⁸³ Artigos 1.473 e 1.474 do Código Civil Italiano de 1865, os quais são reproduções de seus análogos franceses: Artigo 1.473: *Se La vendita di un immobile si è fatta coll'indicazione della quantità, in ragione di un tanto per ogni misura, Il venditore è obbligato di consegnare al compratore Che lo esige, la quantità indicata nel contratto.* Artigo 1.474: *Se all'oposto, nel caso dell'articolo precedente, la quantità si trova maggiore di quella espressa nel contratto, Il compratore deve corrispondere Il supplemento Del prezzo: ha però la facoltà di recedere dal contratto, se l'eccedenza oltrepassa La vigésima parte della quantità dichiarata nel medesimo.*

³⁸⁴ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis "Ad Corpus" e "Ad Mensuram"*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 283.

³⁸⁵ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis "Ad Corpus" e "Ad Mensuram"*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 283.

³⁸⁶ Cf. R. J. POTHIER, *Oeuvres*, Vol. III, 2a Ed., Paris, Siffrein, 1821, p. 160.

A seguir, expõe sua doutrina sobre as vendas *ad corpus*³⁸⁷. Afirma que em tais casos, a obrigação de o vendedor entregar a quantidade declarada, ou restituir parte do preço quando isto não é possível foi admitida em várias passagens do digesto, apontando o previsto em D. 19.1.2³⁸⁸, D. 19.1.4.1, D. 19.1.6 e D. 21.2.69.6³⁸⁹. Ainda, seria admitida pelos romanistas MAYNZ, VAN WETTER e ACCARIAS, todos já vistos. Por outro lado, não haveria previsão no direito romano sobre haver, na venda *ad corpus*, qualquer direito para o vendedor quando entregasse mais área do que havia declarado. O comprador somente estaria obrigado a pagar uma suplementação do preço, ou restituir parte da área, nas vendas *ad mensuram*. E, para fundamentar esta afirmação, além de MAYNZ, VAN WETTER e POTHIER, cita as passagens D. 19.1.38 pr.³⁹⁰ (para a não responsabilização do comprador nas vendas *ad corpus*) e D. 18.1.40.2 (para a obrigação do comprador nas vendas *ad mensuram*).

Qual seria a razão deste tratamento diferente para as obrigações do comprador conforme fosse a venda considerada *ad mensuram* ou fosse considerada *ad corpus*?

Novamente, PEDRO LESSA invoca a lição de VAN WETTER³⁹¹ e POTHIER³⁹²: nas vendas *ad corpus*, o comprador adquire a integralidade do imóvel, por um preço estipulado para o todo, sem qualquer exceção. Eventual indicação de medida apenas teria por fim forçar o vendedor a entregar uma certa quantidade mínima de área. Vale dizer, afirmam ser uma ‘garantia’ ao comprador. E este seria, segundo ele, o ‘princípio unificador’ da matéria: sempre que houver uma disposição duvidosa, deve ser interpretada em favor do comprador, e contra o vendedor, que era quem melhor conhecia a coisa vendida³⁹³.

³⁸⁷ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 284.

³⁸⁸ “*Si in emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio*” (Se, na venda, uma medida é afirmada, e não é entregue, cabe a ação *ex empto*).

³⁸⁹ “*In fundo vendito cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus iugeribus dictis*” (Se um imóvel é vendido, e a medida declarada falta, tira-se uma parte do preço, cujo total deveria corresponder a todos os jугera que se disse que a terra continha).

³⁹⁰ “*Si venditor hominis dixit peculium eum habere decem nec quemquam adepturum, et si plus habet, totum praestet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem praestaret, si minus est, praestet esse decem et talem servum esse, ut tantum peculii habeat*” (Se o vendedor de um homem afirma que o pecúlio deste é de dez e que não vai privá-lo de nada, e houver mais, que preste tudo; a não ser que o ato seja praticado no sentido de que apenas os dez se preste; se houver menos, que preste os dez e que o escravo seja este tal, que tem somente este pecúlio).

³⁹¹ Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1a Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, pp. 263.

³⁹² Cf. R. J. POTHIER, *Oeuvres*, Vol. III, 2a Ed., Paris, Siffrein, 1821, p. 159.

³⁹³ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta*

Mas seria mesmo essa a razão? Ou tal seria em função da natureza daquilo que se estava vendendo, o que levaria, em cada caso, à aplicação de uma ação diferente?

PEDRO LESSA afirma que é imperdoável o erro de CORREA TELLES, de confundir a ação *ex empto* com as ações redibitória e *quantum minoris*, e mesmo inverossímil esta confusão. Ocorrendo deficiência de área, a ação cabível sempre seria a *ex empto*, com a finalidade de se compelir o vendedor a entregar a coisa vendida. E, tendo a coisa vício ou defeito oculto, caberiam as ações edilícias, nos termos do sustentado por MAYNZ, como já visto, por Serafini³⁹⁴, e do disposto em D. 21.1.31.16³⁹⁵ e em D. 21.1.21 pr.³⁹⁶.

Ora, SERAFINI não distingue uma situação da outra. E MAYNZ o faz na forma como já visto anteriormente, que se recorda a seguir: na venda de uma certa ‘quantidade’ de alguma coisa, se esta quantidade não fosse entregue, teria ocorrido o inadimplemento, de modo que caberia ao vendedor entregar o restante, ou diminuir o valor do preço, o que lhe poderia ser exigido por meio da ação *ex empto*. Por outro lado, sendo o objeto da venda uma coisa individualizada, e havendo indicação de medida ou de quantidade relativas à coisa, a discrepância entre o acordado e a medida ou quantidade efetivamente presentes na coisa entregue seria um ‘defeito’³⁹⁷.

Dessa maneira, imagine-se um local onde há grandes extensões de terras planas e de valor homogêneo, e um proprietário de uma área com 1.000 hectares nessa região decide vender uma parte daquilo que tem. Se vendesse 200 hectares destas terras, e, após demarcar o trecho que seria entregue ao comprador, se constatasse que ali havia apenas 180, não teria cumprido sua obrigação primordial de vendedor – entregar aquilo que vendeu. Por outro lado, imagine-se que fosse vendido o “Sítio São João”, uma

Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo, (16) (1898), p. 286.

³⁹⁴ Cf. F. SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano*, Vol. II, 2ª Ed., Bilbao, Espasa-Calpe, 1927, pp. 158-174.

³⁹⁵ “*Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur*” (Se alguém apresenta uma ação para ser indenizado pela diminuição do valor de um escravo, em razão de ter fugido, e então ajuíze outro por doença; qual deverá ser o valor da condenação? Não há dúvida que diversas vezes se pode apresentar a ação para se pleitear a diferença de valor: mas diz Juliano que deve-se ter cautela para que o comprador não venha a ter lucro com isso, recebendo duas vezes o valor de uma mesma coisa).

³⁹⁶ “*Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur*” (‘Redibir’ é fazer o vendedor receber de volta aquilo que tinha, e por que isso se fazia pela restituição, por isso foi chamada redibição, ou ‘quasi-restituição’).

³⁹⁷ Cf. C. MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Vol. 2, 3a Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique d’Aug. Decq, 1870, pp. 185-186.

propriedade rural cujos limites estão todos delimitados por cercas, as quais foram vistas e conferidas pelo comprador, e o qual, segundo o vendedor, mede 75 hectares. Algum tempo depois, se constata que a área do Sítio – a mesma contida dentro dos limites inspecionados pelo comprador – media não 75, mas 50 hectares. Teria havido aí inadimplemento? Não nos parece. O vendedor efetivamente entregara aquilo que vendera. No entanto, uma das qualidades que afirmara ter a coisa vendida – seu tamanho – não era da maneira como disse. E, na expressão de POTHIER e VAN WETTER, invocados por PEDRO LESSA, o vendedor dera uma ‘garantia’ ao comprador de que aquele seria o tamanho. De modo análogo, no intuito de se ilustrar o ponto: se Tício vende a Caio cem arrobas de boi, e entrega oitenta, não cumpriu a sua obrigação precípua de vendedor. Já se vende o touro *Murcielago*, o qual pesa quarenta arrobas, e, após a entrega, Caio constata que este pesa trinta, não há inadimplemento, mas a ausência de uma qualidade que o vendedor havia declarado – e garantido - haver na coisa.

Dessa maneira, não seria adequado aplicar um regime supostamente unificado às vendas com deficiência de área; e diz-se ‘supostamente’ unificado em razão de haver, em um caso, responsabilidade para o comprador, quando há excesso de área, e no outro, não. Ainda, o foco da distinção entre um regime e outro não deve ser o preço, mas sim aquilo que foi efetivamente vendido. Se foi uma certa quantidade de terras, a deficiência ou o excesso se resolvem por meio da ação *ex empto* ou *ex vendito*, conforme o caso. Já se foi um imóvel identificado e com limites definidos, e a área entregue foi menor do que a declarada, responde o vendedor por aquilo que falsamente – de maneira dolosa ou não – afirmou haver. Por outro lado, se a área entregue foi maior, nada deve o comprador, já que é inconcebível responsabilizá-lo por qualquer qualidade que a coisa vendida tenha ou deixe de ter. Autorizam esta conclusão, quanto à aplicabilidade das ações *ex empto* e *ex vendito*, na venda *ad mensuram*, o disposto em D. 18.1.40.2, D. 19.1.6, e as opiniões de MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, MAYNZ e VOET. E, quanto à equiparação da deficiência de área ao vício redibitório, na venda *ad corpus*, além das opiniões de CORREA TELLES, TEIXEIRA DE FREITAS e VAN WETTER – que o fazem de modo mais ostensivo – também LOBÃO, VOET e HUBER a admitem implicitamente, ou ao menos não a negam. Ainda, o disposto em D. 19.1.6 – que afirma a responsabilidade do vendedor mesmo que desconhecesse a deficiência, o que somente faz sentido tratando-se de responsabilidade por vício ou equiparado; o disposto em D. 19.1.4.1, que associa a área do imóvel à idéia de qualidade; e o disposto em D. 19.1.6 e 21.2.69.6, que responsabilizam o vendedor pela área declarada na venda; e o disposto em D. 19.1.38 pr, pelo qual, em princípio, caberia ao

vendedor que afirmasse ser ‘10’ o pecúlio do escravo e que de nada lhe iria privar prestar tudo o que o escravo possuísse, ainda que o pecúlio fosse maior; todas estas passagens anteriormente citadas.

Mas há mais. O que teria levado juristas como HUBER, CORREA TELLES e mesmo TEIXEIRA DE FREITAS a entender que em uma venda *ad corpus* não há qualquer direito para o comprador? A resposta está na ata de uma *disputatio* conduzida por BRUNNEMANN na Universidade de Frankfurt em 1653³⁹⁸. Segundo este texto, e com base em Cujácio, é *ad corpus* a venda de coisas feita em conjunto e em bloco, e cujo preço não é firmado em função de cada unidade, mas sim do todo³⁹⁹.

No entanto, tratando-se de vendas desta modalidade, não há apenas um regime jurídico, mas dois. Quando, em uma venda dita *ad corpus* – em que se vende um imóvel em bloco – há indicação da área do terreno vendido, esta indicação pode ter duas finalidades. A primeira delas é auxiliar na identificação do imóvel vendido, caso em que será considerada meramente enunciativa – “*ut tantum demonstret, quis fundum sit*”⁴⁰⁰. Neste caso, não há qualquer direito para o comprador ou para o vendedor de se reclamar da diferença entre a área declarada e a efetivamente entregue⁴⁰¹. Quando se pode dizer que a área é meramente enunciativa? Esta hipótese seria rara, e, portanto, não se pode presumir que uma venda *ad corpus* que indique a área do imóvel siga esta modalidade. As medidas serão consideradas enunciativas se assim as partes indicarem, ou se as circunstâncias o fizerem, como, por exemplo, a indicação de limites precisos, conhecidos do vendedor e do comprador⁴⁰². Quanto à segunda finalidade da indicação da área do imóvel – e com base em D. 19.1.2 pr., D. 19.1.4 pr.⁴⁰³, D. 19.1.4.1, e 19.1.6 pr. – há situações também de venda *ad corpus*, em que o imóvel é vendido em bloco, mas a medida indicada é um ‘*modus*’ do bem, uma característica afirmada pelo vendedor e esperada pelo comprador, de forma que

³⁹⁸ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741.

³⁹⁹ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, p. 5.

⁴⁰⁰ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, p. 6.

⁴⁰¹ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, p. 10.

⁴⁰² Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, p. 10.

⁴⁰³ “*Si servum mihi ignoranti, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset*” (Se você me vende um escravo, ciente de que ele é um ladrão ou que cometeu um dano, e eu ignoro este fato, ainda que você tenha me prometido pagar o dobro dos prejuízos, será responsável perante mim pela ação *ex empto*, no montante do quanto foi minha perda por não conhecer o caráter do escravo, já que eu não posso demandá-lo com base na *stipulatio* sem antes ter perdido alguma coisa).

sua ausência equipara-se a um defeito de qualidade: “*qualitas enim quantitati comparatur*”⁴⁰⁴. Em tais casos, cabe ao vendedor, à moda das ações edilícias, entregar a área faltante, ou se tal for impossível – o que é provável ocorrer, dado que o imóvel todo indicado foi entregue – conceder um abatimento no preço⁴⁰⁵. Nenhuma responsabilidade há para o comprador, nestes casos, se o imóvel entregue é maior. Isto se conclui com base em D. 19.1.13.14 – já que o vendedor podia conhecer melhor o imóvel do que o comprador, e, ainda, foi ele quem assegurou o tamanho declarado⁴⁰⁶.

Esta segunda modalidade de venda *ad corpus* nada mais era do que uma limitação à responsabilidade do vendedor decorrente da vontade das partes. Constituindo a responsabilidade pelos vícios redibitórios elemento natural – mas não essencial – da venda, poderia o vendedor limitá-la, ou excluí-la, com assentimento do comprador⁴⁰⁷.

Em resumo: se uma certa quantidade de terras fosse vendida, o excesso ou deficiência de quantidade poderiam ser remediados, respectivamente, pelas ações *ex vendito* e *ex empto*. Por outro lado, se fosse vendido um imóvel específico, e o vendedor declarasse sua área, duas possibilidades haveria: se esta área declarada foi por ele garantida como uma qualidade da coisa, poderia o comprador exigir a entrega da quantidade especificada, ou abatimento no preço; já se, pelas declarações das partes ou circunstâncias, ficasse claro que a área declarada era meramente enunciativa, e não garantida, não haveria para o comprador qualquer direito se não correspondesse a realidade. E, tratando-se de venda de imóvel específico, se houvesse excesso não haveria qualquer direito para o vendedor.

Por fim, PEDRO LESSA⁴⁰⁸ expõe o modo como a legislação civil de outros países em vigor na época cuidara do problema. O primeiro exemplo – e que serviria de parâmetro aos demais – era o Código Civil Francês, no qual havendo venda *ad mensuram*, caberia ao vendedor entregar a quantidade declarada, ou sofrer diminuição no preço; bem como, por outro lado, em havendo excesso, caberia ao comprador escolher entre desfazer o

⁴⁰⁴ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, p. 15.

⁴⁰⁵ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, p. 13.

⁴⁰⁶ Cf. J. BRUNNEMANN, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helleri, 1741, pp. 14-15.

⁴⁰⁷ Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1ª Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, pp. 251; C. MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Vol. 2, 3ª Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique d'Aug. Decq, 1870, pp. 207.

⁴⁰⁸ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 286.

negócio ou pagar a diferença de valor. Qual a razão de vendedor e comprador receberem tratamento diferente? A resposta é dada por Grenier, orador do Tribunato: forçar o comprador a manter o negócio poderia fazer com que comprasse o que não queria, ou pagasse o que não podia. Assim, considerou-se melhor lhe dar a opção de sair do negócio, com uma condição: ser o excesso igual ou maior à vigésima parte da área vendida⁴⁰⁹. Já na venda *ad corpus*, o comprador tem direito a diminuição no preço, e o vendedor a um aumento, quando a diferença entre o declarado e o real é superior à 1/20. E, na venda que denomina ‘*per aversionem*’, poderiam as partes estipular livremente a não existência de responsabilidade pela diferença⁴¹⁰, citando AUBRY E RAU. Mas este não dizem exatamente isso. Na verdade, afirmam que somente não há responsabilidade pela discrepância de área quando estipulada uma cláusula de ‘não-garantia de conteúdo’. Esta seria de certo modo presumida nas situações em que a diferença não ultrapassa os mencionados 1/20, e pode surgir no contrato, por vezes, pelo uso de expressões como ‘aproximadamente’ ao se indicar a área do imóvel⁴¹¹.

De onde surgem estes 1/20, que importam em uma presumida limitação de responsabilidade? A regra não tem base no direito romano, mas na jurisprudência moderna. Segundo VOET, nas situações em que o vendedor não ficava responsável por garantir a quantidade declarada, fosse por cláusula do contrato, fosse pelas circunstâncias, esta limitação seria restrita até uma diferença máxima, além da qual pareceria ter havido algum engano. Assim, em alguns casos se teria considerado que mais de um *jugerum* de diferença autorizaria a responsabilidade; e em outros, 100 ou 50 varas⁴¹². HUGO GRÓCIO fala em mais de um ‘*morgen*’⁴¹³.

⁴⁰⁹ Cf. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Vol. XXIV, 1a Ed., Paris, Pedone, 1877, p. 187.

⁴¹⁰ Artigo 1.619: *Dans tous les autres cas, soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité, soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés, soit qu'elle commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure, L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédent de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire.*

⁴¹¹ Cf. C. AUBRY; E C. F. RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Vol. III, 3ª Ed., Paris, LGDJ, 1856, p. 257.

⁴¹² Cf. T. BERWICK, *A Contribution to an English Translation of Voet's Commentary on the Pandects*, 2a Ed., Londres, Stevens & Haynes, 1902, p. 13.

⁴¹³ Cf. H. GRÓCIO, *Introduction to Dutch Jurisprudence*, 1ª Ed., Londres, John van Voorst, 1845, p. 344. O ‘*morgen*’ (que pode ser traduzido literalmente por ‘manhã’) era uma antiga medida difundida na Alemanha e países próximos e indicava uma certa quantidade de área que variava de região para região. Corresponhia aproximadamente à área que uma parelha de bois poderia arar em uma manhã. Em Amsterdam, equivalia a 87.630 pés quadrados, correspondentes a 8.141,10 metros quadrados (Cf. H. WIESE, *Numbers, Language and the Human Mind*, 1ª Ed., Cambridge, Cambridge University Press, p. 201; C. DUBOST, *The Elements of Commerce*, Vol. II, Londres, Knight & Compton, 1806, p. 395).

Os Códigos Civis da Itália (cujos artigos já foram citados), Argentina⁴¹⁴ e o Código Seabra de Portugal (1867)⁴¹⁵ conteriam dispositivos semelhantes.

O Código Espanhol é, para PEDRO LESSA, exemplo da “doutrina immoral, e sem fundamento que irrefletidamente ensinou CORREA TELLES”⁴¹⁶, dispondo que em qualquer venda de imóvel em que o preço não seja fixado em função de cada unidade de medida não há qualquer direito para o vendedor ou comprador se houver diferença entre a área vendida e a área entregue⁴¹⁷. Contudo, o que há no Código Civil Espanhol não é o mesmo que afirma CORREA TELLES. O Código é categórico ao dispor que somente há direito à complementação ou abatimento no preço se este foi estipulado com base em cada unidade de medida; ou se não foi entregue parte do corpo descrito na venda, levando-se em conta suas confrontações, ainda que tal resulte em uma área maior do que a declarada (o que remete ao disposto em D. 21.2.45, visto anteriormente). Já em CORREA TELLES o que há é uma confusão quanto às duas possibilidades de venda de imóvel por preço fixo. Nada dizendo a respeito da situação em que a área é uma qualidade do imóvel vendido como um corpo íntegro, exclui a responsabilidade na situação em que a área afirmada é meramente enunciativa⁴¹⁸.

E o Código Civil Alemão, em sua redação original, continha uma única regra que sintetizava a solução do problema: o vendedor responde pela quantidade se a

⁴¹⁴ Artigo 1.345: *Si la venta del inmueble se ha hecho con indicación de la superficie que contiene, fijándose el precio por la medida, el vendedor debe dar la cantidad indicada. Si resultare una superficie mayor, el comprador tiene derecho a tomar el exceso, abonando su valor al precio estipulado. Si resultare menor, tiene derecho a que se le devuelva la parte proporcional al precio. En ambos casos, si el exceso o la diferencia fuese de un vigésimo del área total designada por el vendedor, puede el comprador dejar sin efecto el contrato.* Artigo 1.346: *En todos los demás casos, la expresión de la medida no da lugar a suplemento de precio a favor del vendedor por el exceso del área, ni a su disminución respecto del comprador por resultar menor el área, sino cuando la diferencia entre el área real y la expresada en el contrato, fuese de un vigésimo, con relación al área total de la cosa vendida.* Artigo 1.347: *En los casos del artículo anterior, cuando hay aumento del precio, el comprador puede elegir la disolución del contrato.*

⁴¹⁵ Artigo 1.576: *Se a coisa for vendida em razão de certo número, peso ou medida, poderá ser o contrato rescindido pelo comprador, havendo na entrega falta considerável ou excesso, que não possa separar-se sem prejuízo da coisa: mas se o comprador quiser manter o contracto, poderá exigir a redução do preço em proporção da falta, assim como o deve aumentar, em proporção do excesso.*

⁴¹⁶ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 286.

⁴¹⁷ Artigo 1.471: *En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato. Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un solo precio; pero, si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y, si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló.*

⁴¹⁸ Cf. o item 288 do Digesto Português, visto anteriormente.

garantiu ao comprador, respondendo por ela como se de uma qualidade da coisa se tratasse, podendo o comprador, por outro lado, pedir a entrega da quantidade estipulada, o abatimento no preço, ou o desfazimento do negócio, se, pela ausência de área, não mais lhe for conveniente⁴¹⁹.

2.3.3.2 - A Resposta de Campos toledo.

CAMPOS TOLEDO apresenta uma réplica ao artigo de PEDRO LESSA, em dois artigos - com o mesmo nome, e algo contraditórios entre si - publicados na mesma revista, e no mesmo volume⁴²⁰. Esclarece que leu avidamente o artigo de PEDRO LESSA, já que estaria discutindo em um processo a questão – o qual, no volume seguinte, revelaria ser a apelação 1.359, de Tietê⁴²¹ – e que as conclusões a que este chegara eram desfavoráveis àquilo que defendia nos autos.

Inicia sua argumentação citando o disposto em D. 21.2.45, visto anteriormente, o que, segundo ele, teria como *ratio* da decisão, o fato de ter ocorrido uma venda *ad corpus*, o corpo do imóvel ter sido diminuído, e, mesmo tendo restado área compatível com o declarado, ter sido o devedor responsabilizado pela evicção⁴²². Isto ensejaria a conclusão de que declarar a quantidade não fora suficiente para proteger o vendedor. E, segundo ele, citando VOET e LAUTERBACH, por uma necessidade de justiça, também deveria autorizar a conclusão de que declarar a quantidade não poderia proteger o comprador. VOET, como visto, não dizia exatamente isto: para ele, nas vendas *ad corpus* o vendedor poderia ser responsabilizado sempre que agisse com dolo, ou que a discrepância fosse de um tamanho tal que indicasse ter havido algum engano na indicação da área. Já LAUTERBACH⁴²³ explicava que as vendas, para serem consideradas perfeitas, precisavam

⁴¹⁹ Parágrafo 468: Quando o vendedor garantiu ao comprador uma certa quantidade do imóvel, responde por esta quantidade como se de uma qualidade garantida se tratasse. O comprador não pode, contudo, intentar por este motivo a ação redibitória salvo se a diferença for tão importante que a execução do contrato não seja mais de nenhum modo de seu interesse. (Cf. R. DE LA GRASSERIE, *Code Civil Allemand*, 3ª Ed., Paris, Pedone, 1910, p. 100).

⁴²⁰ Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898).

⁴²¹ Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898).

⁴²² Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 98.

⁴²³ Cf. W. A. LAUTERBACH, *Collegii Theoretico-Practici a Libro Primo Pandectarum Usque ad Vigessimum*,

ter um objeto bem definido, razão por que, por vezes, a área do imóvel era mencionada, mesmo em vendas *ad corpus*, com o intuito de melhor identificar o imóvel. Se este fosse o caso, não haveria responsabilidade para o vendedor, nem para o comprador por qualquer diferença. Mas nas situações em que o preço fosse formado com base em cada unidade de medida, ou que, de qualquer modo a área total declarada houvesse nele repercutido – o que se poderia verificar por uma garantia expressa ao comprador, ou por expressões como ‘não mais que tal área’, ou ‘não menos que tal área’, haveria responsabilidade pela diferença. É semelhante a opinião de CARPZOV⁴²⁴, invocada por LAUTERBACH: nas vendas *ad corpus* haveria responsabilidade para o vendedor se houvesse uma expectativa pelo comprador que a área declarada seria entregue, ignorando este que a diferença existia. Já nas vendas *ad mensuram*, vendedor e comprador seriam responsáveis sempre que houvesse diferença, para mais ou para menos. Ainda, no mesmo sentido, de ser o vendedor, em princípio, responsável na venda *ad corpus*, COVARRUVIAS, também citado por LAUTERBACH⁴²⁵; e o Cardeal MANTICA⁴²⁶, o qual expunha haver grande controvérsia quanto à venda *ad corpus*. Segundo este, seria a opinião de Baldo, dentre outros, o ter o vendedor de suplementar a quantidade declarada, ou conceder um abatimento no preço, nas vendas em que declarasse a área do bem vendido, sendo esta a posição que mais lhe agradava, afirmando haver responsabilidade mesmo quando a medida indicada fosse meramente enunciativa, e apenas coadjuvando na descrição do bem. No entanto, havia outros autores que consideravam ser a venda *ad corpus* uma limitação da responsabilidade do vendedor.

Assim, não uma identidade perfeita entre o que afirmava LAUTERBACH e o defendido por CAMPOS TOLEDO, já que para aquele não haveria responsabilidade para o vendedor somente se ficasse muito claro que o preço fixado em nada dependia da área do imóvel.

Vol. I, 2ª Ed., Tubingen, Johannis Georgii Cottae, 1726, p. 963.

⁴²⁴ Cf. B. CARPZOV, *Notae & Additiones Perbreves ad Part. I & II Jurisprudentiae Forensis*, 1ª Ed., Frankfurt, Sumptibus Haeraedum Willhelmstockii, 1673, pp. 489-490. CARPZOV, no entanto, apenas distingue as vendas entre *ad corpus* e *ad mensuram*, não concebendo, como nós, uma terceira possibilidade. E, para esta distinção, apresenta em sua obra uma interessante tabela. Assim, se houvesse não um preço único, mas um valor estabelecido em função de cada unidade de área entregue, a venda seria *ad mensuram*. Se houvesse um preço único, e não houvesse indicação de área, a venda era *ad corpus*. Se houvesse um preço único, a indicação da área, e as partes expressamente declarassem qual regime pretendiam atribuir ao negócio, este seria o regime da venda. Se houvesse um preço único, a indicação da área, e não houvesse a definição pelas partes do regime aplicável, então seria aplicável a seguinte regra: Se a descrição do objeto da venda se iniciasse pela indicação precisa do imóvel, e a indicação da área viesse a seguir, a venda seria *ad corpus*; já se a descrição iniciasse pela indicação de certa quantidade de terras, mencionando-se a seguir um certo imóvel de onde a área seria extraída, então de venda *ad mensuram* se trataria.

⁴²⁵ Cf. D. DE COVARRUVIAS Y LEIVA, *Enucleatus et Auctus Practicis in Quaestionibus*, Genebra, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1726, pp. 33-34.

⁴²⁶ Cf. F. MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus*, Vol. I, 2ª Ed., Genebra, Sumptibus Leonardi Chouet, 1680, p. 220-223.

A seguir, CAMPOS TOLEDO afirmava que a doutrina defendida por ele teria sido incorporada por todos os códigos modernos⁴²⁷. Citava primeiramente o Código Civil da Espanha, o qual, de fato, condicionava o direito do comprador à fixação do preço com base em cada unidade de medida. No entanto, a argumentação que se segue era incorreta. Segundo ele, nos códigos de Portugal, França, e os derivados de sua matriz, haveria um princípio segundo o qual somente haveria responsabilidade para o vendedor nas situações em que também houvesse para o comprador. Do contrário, segundo ele, o direito romano, por não colocar em pés de igualdade vendedor e comprador, não poderia ser invocado como fonte subsidiária do direito, por lhe faltar o requisito de ser conforme a boa razão⁴²⁸. Assim, segundo ele, nenhum conteria a possibilidade de em uma venda haver para o comprador direito à entrega de mais área, ou a um abatimento no preço, em caso de falta, se o mesmo direito não fosse concedido ao vendedor, em caso de excesso. Contudo, pela leitura dos mencionados códigos, efetivamente tal não ocorria, havendo possibilidade de responsabilização do vendedor sem a correspondente responsabilidade do comprador. E não há nada contrário à boa razão nisto, já que, como já se disse, na venda cabe ao vendedor garantir as qualidades da coisa, e não ao comprador.

No artigo seguinte, mudaria o foco de sua defesa, não mais sustentando que a venda *ad corpus*, em qualquer caso, implicava exoneração de responsabilidade para o vendedor, mas, passando a afirmar uma distinção semelhante à que propomos. Para tanto, citava o disposto em D. 19.1.13.14, já mencionado. Segundo ele, como no direito romano o *periculo et commodum* da coisa vendida corria por conta do comprador mesmo antes da entrega, o acréscimo pelo aluvião aproveitava ao comprador. Dessa maneira, a passagem indicada teria admitido uma situação em que o vendedor, desde que não soubesse da diferença, ficava exonerado da responsabilidade por ela.

Como conciliar esta regra com o disposto em D. 19.1.6, que dispunha que cabia a ação *ex empto* contra o vendedor, mesmo quando ignorasse a diferença de área? Criando-se uma distinção: se o vendedor apenas afirmasse haver uma certa área no imóvel, sem garantí-la, seria aplicável a solução proposta em D. 19.1.13.14; por outro lado, se o vendedor não apenas afirmasse, mas garantisse o conteúdo, então seria aplicável o disposto

⁴²⁷ Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 100.

⁴²⁸ Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 100.

em D. 19.1.6⁴²⁹. E, neste último caso, a ação cabível seria a *quanti minoris*, e não a *ex empto*, já que, como já dissemos, a falta do conteúdo declarado em um corpo certo se liga às qualidades deste corpo⁴³⁰. E o autor acrescenta, ainda, que também Doneau entendia que a deficiência de quantidade era equiparável à falta de qualidade⁴³¹.

2.3.3.3 - O segundo artigo de Pedro Lessa.

Em seu segundo artigo, PEDRO LESSA resume toda a exposição de CAMPOS TOLEDO – nos dois artigos publicados - a dois pontos: negar que na venda *ad corpus* haja para o vendedor obrigação de entregar a quantidade declarada; e afirmar que a falta de quantidade equivale à falta de qualidade, e, portanto, na falta de quantidade é cabível a ação *quanti minoris*⁴³². Na verdade, o pensamento do autor não tinha esta unidade: se no primeiro artigo CAMPOS TOLEDO se empenha em demonstrar que na venda *ad corpus* nunca haveria responsabilidade para o vendedor, no segundo passa a sustentar que há responsabilidade somente em alguns casos, nos quais o vendedor garante a quantidade declarada.

Quanto ao primeiro ponto, já havia em seu primeiro artigo subsídios suficientes para contrariá-lo, os quais são, de um modo geral, repetidos no segundo artigo⁴³³.

Quanto ao segundo ponto, novamente acentuava a importância da distinção, considerando-se os prazos de prescrição. E afirmava que nunca se havia, em qualquer país, confundido quantidade com qualidade⁴³⁴. De fato, as categorias não se

⁴²⁹ Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 103.

⁴³⁰ Cf. A. DE CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898), p. 188.

⁴³¹ Cf. H. DONEAU, *Hugonis Donellis Jurisconsulti et Antecessoris Opera Omnia – Commentariorum de Jure Civilis*, vol. III, 1ª Ed., Florença, Ad Signum Clius, 1841, p. 817.

⁴³² Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898), p. 290.

⁴³³ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898), pp. 291-315.

⁴³⁴ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898), p. 317.

confundem. No entanto, podem ser equiparadas, isto é, receber o mesmo tratamento jurídico. Transforma-se a quantidade, neste caso, em ‘quasi’ qualidade.

A seguir, afirma que no direito romano é bastante notável a diferença entre vício, falta de qualidade e falta de quantidade, razão por que para cada situação se criou uma *actio* diferente: a *actio ex empto* para a responsabilidade do vendedor por falta de quantidade; a *actio ex vendito* para responsabilidade do comprador pelo seu excesso; e as ações edilícias para os defeitos de qualidade⁴³⁵. Novamente, as coisas não se dão exatamente desta maneira. Como se viu, inúmeros romanistas apontam a *actio de modo agri* – que dizia respeito à falta de quantidade – como antecedente remoto de responsabilidade do alienante por vícios da coisa vendida. E o direito justinianeus, ao abolir a distinção entre *jus civilis* e *jus honorarium*, acabou por equiparar todas as hipóteses mencionadas por PEDRO LESSA, de modo que por meio da *actio empti* se poderia demandar acerca de vício ou falta de quantidade indistintamente.

2.3.3.4 - As ‘allegações sobre embargos’ de Campos de Toledo e o terceiro e último artigo de Pedro Lessa.

No mesmo volume da revista, CAMPOS TOLEDO prosseguiria em mais uma investida contra PEDRO LESSA, publicando suas razões nos embargos à apelação 1.359 de Tietê, em que estava envolvido desde o início da contenda. Nestas afirmava que preocupara-se com o efeito que o artigo de PEDRO LESSA poderia ter sobre o ânimo dos julgadores de sua causa, razão por que apressara-se em respondê-lo; e que seu intuito não era travar polêmica com ‘adversário tão adestrado’, mas defender, ‘também pela imprensa jurídica’ os direitos de seus clientes. E afirmava que seu intento havia sido atingido, já que o Tribunal de Justiça de São Paulo recebera seus embargos, tendo ficado pendentes de julgamento os opostos pela parte contrária; e cria não haver qualquer razão para ver restaurado o primeiro acórdão, que fora reformado por quase unanimidade dos juízes. Dessa maneira, via-se duplamente obrigado a sustentar novamente o que afirmara: um dever perante o tribunal, de defender a posição por ele adotada; e um dever perante o

⁴³⁵ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898), p. 318.

opositor, que dignara-se debater o caso e responder seus argumentos⁴³⁶.

Nas suas razões, insiste na conclusão de que em uma venda *ad corpus* não há responsabilidade nem para o vendedor, nem para o comprador, citando VOET, CORREA TELLES e LAUTERBACH, cujas opiniões já pudemos ver, além do códigos civis da Espanha, Portugal e Alemanha.

De onde viria esta idéia que parece atentar contra tudo o que há no direito romano, seus comentadores, e mesmo na maioria dos códigos estrangeiros? Ao que parece, havia uma idéia generalizada no Brasil – que projetou-se na gênese do artigo 1.136 do Código Civil de 1916 e sua interpretação, bem como no texto do artigo 500 do Código de 2002, como se verá – de que a inserção da ‘cláusula *ad corpus*’ no contrato de venda servia sempre como um meio de se exonerar o vendedor de responsabilidade pela área declarada, recebendo o comprador o bem no estado em que se encontrava.

Isto pode ser visto, além do Digesto Português, da Doutrina das ações, da nota de TEIXEIRA DE FREITAS, e da jurisprudência da época, também no ‘Manual do Tabelião’ de CORREA TELLES. Obra de cunho eminentemente prático, recomenda ao comprador de imóveis sempre acautelar-se, incluindo na escritura que cada unidade de medida é vendida por certo preço, para que, se achasse tamanho menor, pudesse pedir ao vendedor o abatimento no preço⁴³⁷. Recomendação semelhante faz TEIXEIRA DE FREITAS, no seu Formulário⁴³⁸. Ora, tal recomendação significava que, do contrário, a venda seria, provavelmente, considerada *ad corpus*, e portanto o comprador não poderia nada pedir acerca da diferença.

Quanto à ação cabível, CAMPOS TOLEDO estava ciente de que o direito romano justinianeu havia denominado *ex empto* todas as ações que detinha o comprador⁴³⁹. E invocava em sua defesa a opinião do editor da Gazeta Jurídica do Rio de Janeiro, Carlos Frederico Marques Perdigão⁴⁴⁰, e o recurso de Revista Cível 9.333, do Supremo Tribunal

⁴³⁶ Cf. A. CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Coisas Imoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898), p. 242-243.

⁴³⁷ Cf. J. H. CORREA TELLES, *Manual do Tabellião ou Ensaio de Jurisprudencia Euremática*, 1ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1830, p. 36.

⁴³⁸ Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Formulário dos Contractos, Testamentos e outros Atos do Tabellionado*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1881, p. 176.

⁴³⁹ Cf. A. CAMPOS TOLEDO, *Da Compra e Venda de Coisas Imoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898), p. 260.

⁴⁴⁰ Cf. C. F. M. PERDIGÃO, *Contiência do contracto (nota)*, in, *Gazeta Jurídica : Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudência e Legislação* (17) (1877), p. 557.

de Justiça Cível⁴⁴¹, publicado no volume 21 da mesma revista.

Esta interessante decisão merece ser comentada, não obstante não trate exatamente daquilo que CAMPOS TOLEDO está defendendo. O caso envolve a venda da ‘Fazenda Destino’, localizada em Valença, no Rio de Janeiro. Esta, segundo a escritura de venda, mediria três quartos de sesmaria e mais 20 alqueires de terras. Logo após tomarem posse, os compradores pediram uma indenização dos vendedores, alegando que havia uma pequena diferença de área, tendo sido atendidos por eles de forma amigável. Contudo, oito anos após a tradição viriam a perceber que a diferença era, na verdade, ainda maior, ajuizando ação para exigir a entrega, pelos compradores, de terras em montante suficiente a completar a diferença, já que as possuíam vizinhas ao imóvel vendido. Em primeira instância o juiz acolheu a defesa alegada pelos vendedores, de que a ação estaria prescrita, já que se baseava no disposto no parágrafo 10º do título 17 do Livro 4 das Ordenações, considerando que “os vícios redibitórios compreendem não só a qualidade, como a quantidade da coisa comprada, e dizem respeito tanto ao móvel, como ao imóvel”⁴⁴².

Os compradores apelaram, alegando que a mencionada Ordenação somente tratava da qualidade da coisa vendida, e que a ação por eles ajuizada era a ‘ação de continência’, ignorada pela legislação pátria e pelo direito romano, sendo, portanto, aplicável à espécie o disposto no artigo 1.617 do Código Civil Francês.

A Relação do Rio de Janeiro manteve a sentença por seus próprios fundamentos, e os vendedores, então, apresentaram ao Supremo Tribunal de Justiça o recurso de revista. Este tribunal, igualmente, manteria a sentença proferida em primeira instância, apresentando uma interpretação dos disposto no parágrafo 10º do título 17 das Ordenações: se o dispositivo falava em “vício” e também em “faltas”, não seria jurídico compreender que as expressões fossem sinônimas, de onde se deveria concluir que o caso não estava sujeito ao direito romano, mas às Ordenações Filipinas⁴⁴³.

O terceiro artigo de PEDRO LESSA foi o último movimento da polêmica travada com Campos Toledo, no qual analisa passagens de VOET, LAUTERBACH, MANTICA, DONEAU e BRUNNEMANN⁴⁴⁴. Ainda, uma passagem de ANTONIO GOMEZ⁴⁴⁵, para quem –

⁴⁴¹ Cf. Ação “*Quanti-Minoris*” – Abatimento do preço já pago – Venda de bens de raiz, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (21) (1878), pp. 415-420.

⁴⁴² Cf. Ação “*Quanti-Minoris*” – Abatimento do preço já pago – Venda de bens de raiz, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (21) (1878), p. 416.

⁴⁴³ Cf. Ação “*Quanti-Minoris*” – Abatimento do preço já pago – Venda de bens de raiz, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (21) (1878), p. 420.

⁴⁴⁴ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Imoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (18) (1898), pp. 321-339.

reconhece em favor de CAMPOS TOLEDO, o qual não o citara - nas vendas *ad corpus* – na qual foi vendido corpo certo, e não um número de coisas - não havia responsabilidade para o vendedor, e nem para o comprador, pela diferença apurada. E, após, de um modo geral, reapresentar os mesmos argumentos dos artigos anteriores, mantem as suas conclusões de que seria cabível, em qualquer caso, a ação *ex empto*, e de que a diferença entre a responsabilidade pela venda *ad mensuram* e a venda *ad corpus* residiria tão somente na inexistência de responsabilidade para o comprador nesta última⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Cf. A. GOMEZ, *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis et Regii*, Vol. II, 2ª Ed., Lyon, sumptibus Petri Bruyset & sociorum, 1741, p. 15.

⁴⁴⁶ Cf. P. LESSA, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (18) (1898), pp. 345-360.

3 – O tratamento da venda de imóvel com divergência de área na vigência do Código Civil de 1916.

3.1 – A codificação do direito civil brasileiro e as origens do artigo 1.136 do código.

Já desde 1855, ano em que o governo imperial firmara um contrato com TEIXEIRA DE FREITAS para elaborar uma consolidação das leis civis vigentes, se pôs em prática uma tentativa de se codificar o direito civil brasileiro⁴⁴⁷. No entanto, após sucessivos malogros, somente em 1916 o Brasil teria seu primeiro Código Civil.

Quatro foram as tentativas malogradas. A primeira delas, do ‘Esboço’ de Teixeira de Freitas, abandonada em 1869 pela rescisão do contrato⁴⁴⁸. A segunda, de Nabuco de Araújo, interrompida pela morte deste em 1878⁴⁴⁹. A terceira, de Felício dos Santos, frustrada pela proclamação da república e o entendimento – posteriormente abandonado - do então ministro Campos Salles de que caberia a cada estado regular as relações civis entre seus cidadãos⁴⁵⁰. E a quarta, de Coelho Rodrigues, rejeitada pela comissão nomeada pelo governo republicano para analisá-lo, por conter, nas palavras do relator Torres Homem, “defeitos capitais”⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Cf. J. R. LIMA LOPES, *O Direito na História*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 281.

⁴⁴⁸ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 123.

⁴⁴⁹ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 127.

⁴⁵⁰ Cf. H. VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973, p. 89.

⁴⁵¹ Cf. H. VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973, p. 89..

Destes, somente o Projeto Coelho Rodrigues continha dispositivos destinados a regulamentar o assunto aqui tratado. O tratamento jurídico dispensando por este projeto era semelhante ao que havia no Código Civil Espanhol, mencionado anteriormente⁴⁵². Haveria direito para comprador e vendedor pela diferença apurada, para mais ou para menos, somente se o preço da venda houvesse sido estipulado com base em cada unidade de medida. E mesmo neste caso, se fossem vendidos mais de um imóvel no mesmo ato, o excesso de um poderia compensar a deficiência do outro. Ainda, se a diferença apurada fosse de até um décimo, para mais ou para menos, não haveria opção de se desfazer o contrato, restando apenas a possibilidade de se pagar o valor correspondente. Por outro lado, nas vendas com preço calculado ‘em globo’, em que as partes haviam visto, ou conferido as divisas do imóvel, nenhum direito havia pela diferença, nem para o comprador, nem para o vendedor. Prevalecia o sentimento de ser a venda *ad corpus* um meio de se isentar o vendedor de qualquer responsabilidade, recebendo a coisa vendida tal como era.

Uma quinta tentativa conseguiria concluir o intento: o projeto do cearense Clóvis Beviláqua. Este receberia em 1899 um convite para elaborar o Código, e, em outubro do mesmo ano – seis meses após iniciar o trabalho de elaboração - viria a dá-lo por encerrado⁴⁵³. O governo nomeou uma primeira comissão revisora, capitaneada por Epitácio Pessoa, que, ao longo de sete meses, faria numerosas alterações no texto original do projeto. O resultado – intitulado Projeto Revisto – viria a ser remetido ao Congresso Nacional. A Câmara constituiu uma comissão especial, composta de 21 membros, oriundos

⁴⁵² São estes os dispositivos do Projeto Coelho Rodrigues: Artigo 611: A obrigação de entregar a coisa vendida compreende a de pôr em poder do comprador tudo quanto se declarou no contrato, observadas as seguintes regras: parágrafo 1º: Si a venda foi de bens immoveis, e se fez por preço calculado sobre uma unidade de medida ou numero, o vendedor deverá entregar a quantidade declarada, sob pena de restituir o preço da parte que faltar; e, si esta exceder, ao menos, um décimo do total declarado, poderá o comprador resilir o contrato e repetir o preço. Parágrafo segundo: Os mesmos direitos competem ao comprador quando a quantidade foi verificada igual, mas a qualidade inferior à ajustada na proporção de um décimo, pelo menos, do valor correspondente a esta. Artigo 612: Si, no caso do artigo antecedente, a capacidade do imóvel não exceder mais de um vigésimo da ajustada, o comprador deverá pagar o excesso, proporcionalmente ao preço calculado, e, si exceder em mais de um vigésimo, poderá optar entre pagar a diferença ou resilir o contrato. Artigo 613: Cessam, porém, as disposições dos dous artigos antecedentes, quando o preço do imóvel for calculado em globo, ainda que pela declaração das testadas e dos limites se possa determinar a sua capacidade, ou esta seja estimada em mais ou menos da real, si as duas partes viram ou conferiram o prédio alienado antes do contrato. Artigo 614: Também cessam as referidas disposições no caso de venda de dous ou mais prédios alienados no mesmo acto, quando a extensão e qualidade declarada a respeito de cada um não sejam certas, mas a falta de um possa ser aproximadamente compensada pelo excesso de outro. Todavia, si a deficiência do todo for além de um décimo do ajustado, o comprador poderá resilir o contrato ou exigir a correspondente redução do preço. Artigo 615: As ações fundadas nos artigos antecedentes prescreverão seis mezes depois da tradição.

⁴⁵³ Cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 134.

de todos os Estados da Federação e do Distrito Federal, os quais trabalharam entre junho de 1901 e janeiro de 1902. O projeto, com as alterações propostas pela Comissão, foi aprovado pelo plenário da Câmara em 21 de março de 1902, e encaminhado ao Senado⁴⁵⁴.

No Senado viria a receber duras críticas de Ruy Barbosa quanto à linguagem empregada, em um primeiro momento por meio de um longo parecer de 561 páginas, e, a seguir em uma famosa ‘Réplica’ a uma defesa da sua redação. A polêmica e as discussões infundáveis que viriam a surgir daí enterraram o projeto por longo período, que, somente após 10 anos viria a ser aprovado, em dezembro de 1912. O projeto retornaria à Câmara, onde as votações das emendas realizadas no Senado somente seriam concluídas em 1915. Com isso, o projeto retornaria mais uma vez ao Senado, onde receberia aprovação definitiva em 29 de dezembro de 1915⁴⁵⁵.

O projeto de Clóvis continha um dispositivo dirigido especificamente à solução dos casos de venda de terras com deficiência de área, e que considerava todos os casos de deficiência de área como equiparáveis aos vícios redibitórios. Era o artigo 1.278 do projeto original, cujo texto era:

“Quando o vendedor de um imóvel determina a sua extensão superficial, e esta não corresponde à realidade, tem aplicação o disposto no capítulo V do título anterior”⁴⁵⁶.

E o mencionado ‘capítulo V’ continha a rubrica “dos vícios redibitórios”, dos quais tratava em oito artigos⁴⁵⁷. CLÓVIS BEVILÁQUA afirmava a conveniência de a matéria dos vícios redibitórios em geral ser exposta no trecho teoria geral dos contratos, ao invés de se considerá-la parte do contrato de compra e venda. No entanto, restara à matéria desta a solução de um ponto que reputava obscuro: exatamente o caso da venda ad corpus. E, declara CLÓVIS BEVILÁQUA, a solução adotada para estes casos, ‘em que não se calcula o preço sobre unidade de medida’, foi a do Código Civil Alemão: considerar-se a quantidade garantida pelo vendedor como uma qualidade do imóvel, e a sua falta – a falta de algo prometido pelo alienante e esperado pelo adquirente – um vício redibitório. Por

⁴⁵⁴ Cf. H. VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973, p. 93.

⁴⁵⁵ Cf. H. VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973, p. 93.

⁴⁵⁶ Cf. *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 243.

⁴⁵⁷ Cf. *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 240.

outro lado, se ao invés de falta, houvesse excesso, nada caberia ao alienante, salvo se, expressamente, houvesse o adquirente por isso se obrigado⁴⁵⁸.

O projeto viria a sofrer alterações na 33ª reunião da primeira comissão revisora, realizada no dia 03 de julho de 1.900, sob a presidência de Eptacio Pessoa. Após as alterações, mantendo o número 1.278, viria a ter a seguinte redação:

“Si o vendedor de um immovel determina a sua área e esta não se encontra exacta, tem applicação o disposto no capítulo V di titulo anterior, salvo si a venda foi feita como de corpo certo e a extensão apenas enunciativa”⁴⁵⁹.

A alteração modificava a redação do dispositivo, substituindo “quando” por “si”, “extensão superficial” por “área” e “não corresponde à realidade” por “não se encontra exacta”. Além disso, acrescentava ao dispositivo a hipótese de a área declarada ser meramente enunciativa, não vinculando o vendedor. Estava aí presente, novamente, a concepção que via na venda ad corpus uma exoneração de responsabilidade.

Esta alteração seria aceita por Clóvis Beviláqua em nova reunião, ocasião em que seria feita outra modificação de redação. Com esta nova redação, na versão final do projeto revisado passaria a ser o artigo 1.284, adiante transcrito:

“Si na venda de um immovel se determinar a respectiva área, e esta não corresponder às dimensões dadas, tem applicação o disposto no capítulo V do titulo anterior, excepto si for vendido como coisa certa e a extensão apenas enunciativa”⁴⁶⁰.

Este texto passou incólume pela comissão da Câmara e seguiu para o Senado, tendo o parecerista encarregado de analisar os 1.228 a 1.324, TAVARES DE LYRA, afirmado que o artigo 1.284, juntamente com os demais que regulavam a compra e venda,

⁴⁵⁸ Cf. C. BEVILÁQUA, *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro*, in *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, pp. 79-80.

⁴⁵⁹ Cf. *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 503.

⁴⁶⁰ Cf. *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 819.

já era bem regulada pelo direito brasileiro, não havendo margem a grandes inovações⁴⁶¹, parecer este que foi aprovado - neste ponto - nas reuniões dos dias 11 e 12 de Dezembro de 1.901⁴⁶².

No entanto, a redação definitiva somente surgiria no Senado, após o texto ser bastante modificado pela nova comissão. O parecer relativo à matéria foi lido na sessão do dia 13 de setembro de 1.912 pelo senador Feliciano Penna, presidente da comissão, abrangendo a modificação do artigo 1.284. Este foi renumerado, passando a se tratar do artigo 1.138. E o texto já era o que seria promulgado como o artigo 1.136 do Código Civil de 1.916:

“Se na venda de um imóvel se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder em qualquer dos casos às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento de área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe caberá, porém, esse direito se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa à referência às dimensões.

Parágrafo único: Presume-se que essa referência foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total declarada”⁴⁶³.

Curiosamente, afirma-se no parecer ser esta redação fruto de uma melhor adequação do dispositivo à legislação francesa “em que o projecto se inspirou, mas redigindo-a de modo incompleto, e estabelecendo-lhe uma relação inconveniente com outro capítulo de matéria inteiramente estranha”⁴⁶⁴.

Como se viu, CLÓVIS BEVILÁQUA manifestara expressamente sua intenção de seguir o direito alemão, e não o francês; e a equiparação aos vícios redibitórios

⁴⁶¹ Cf. A. TAVARES DE LYRA, *Parecer – Arts. 1.228 a 1.324*, in, *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 952.

⁴⁶² Cf. *Diário do Congresso Nacional*, (187) (1901), e (188) (1901).

⁴⁶³ Cf. *Annaes do Senado Federal*, sessões de 1 a 30 de setembro de 1912, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915, p. 95.

⁴⁶⁴ Cf. *Annaes do Senado Federal*, sessões de 1 a 30 de setembro de 1912, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915, p. 95.

foi deliberada, e não uma “relação inconveniente com outro capítulo de matéria inteiramente estranho”. E, como se verá, o artigo 1.136 não copiou a legislação francesa, mas manteve a sistemática anterior ao advento do Código Civil, apenas tendo recebido do Code Napoleon algumas influências, marcadamente os 1/20 da presunção do parágrafo único.

3.2 – A venda de imóveis com deficiência ou excesso de área na doutrina brasileira do século XX.

3.2.1 – A dicotomia *ad corpus* e *ad mensuram* e a distinção entre as duas situações.

De um modo geral, a doutrina brasileira do século XX considerava a solução do problema da venda de imóvel com deficiência de área – e, por conseguinte, a interpretação do artigo 1.136 do Código Civil à luz de uma dicotomia entre as vendas *ad corpus* e *ad mensuram*.

No entanto, havia mais de um modo de se distinguir a venda *ad corpus* da venda *ad mensuram*. Um primeiro deles levava em conta, principalmente, a forma da fixação do preço: se o preço da venda fosse fixado em bloco, em conjunto, a venda seria *ad corpus*⁴⁶⁵; se, por outro lado, o preço fosse fixado levando-se em conta a extensão do imóvel, a venda seria *ad mensuram*⁴⁶⁶.

Também se fazia a distinção levando-se em conta a preponderância que a área tinha ou não no contrato. Se as dimensões fossem tomadas preponderantemente, como elemento crucial do negócio, então a venda seria *ad mensuram*⁴⁶⁷; já se o imóvel fosse vendido como uma coisa certa e com limites definidos, e, por conseguinte, as medidas fosse apenas uma característica a mais, então a venda seria *ad corpus*⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Cf. M. M. SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, Vol. III, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, p. 282; O. GOMES, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 235.

⁴⁶⁶ Cf. M. M. SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, Vol. III, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 319; O. GOMES, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 235; A. WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. II, 14ª Ed., São Paulo, RT, 2000, p.304; A. FIORANELLI, *Compra e Venda no Registro Imobiliário*, in, *Direito Registral Imobiliário*, 1ª Ed., Porto alegre, Safe, 2001, p. 493; A. DE CARVALHO, *A Venda de Imóvel e o Registro*, in, RDI (19-20) (1987).

⁴⁶⁷ Cf. C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 132.

⁴⁶⁸ Cf. C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p.

Um terceiro modo de distinguir uma situação da outra era saber o que havia sido vendido. Se o objeto do negócio era uma certa quantidade de terreno, demarcada no solo ou não, haveria uma venda *ad mensuram*⁴⁶⁹. Se, por outro lado, o objeto do negócio era um imóvel específico, do qual se mencionava a área, ou não, então a venda era *ad corpus*⁴⁷⁰.

Outros autores tratavam o problema de uma maneira diferente. Clóvis Beviláqua, ao interpretar o artigo 1.136, o considera como uma regra única, pela qual a quantidade garantida pelo vendedor, em qualquer caso, é considerada como uma qualidade do bem⁴⁷¹ – fruto, certamente, da redação original do dispositivo, que já se viu.

E alguns autores consideravam haver no artigo três situações distintas, e não apenas duas. Pontes de Miranda considerava que três eram as possibilidades: uma que diz respeito à venda cujo preço foi estipulado com base na extensão; outra em que tal não ocorreu, mas foi determinada – e assegurada – a área do imóvel vendido; e outra em que, não obstante mencionada a área do imóvel, esta menção foi meramente enunciativa, tendo o imóvel sido vendido como “coisa certa e discriminada”⁴⁷². Eulâmpio Rodrigues Filho, em estudo específico sobre o tema, também concluiria que o artigo 1.136 encerrava três situações: uma venda de coisa certa e discriminada (que reputava ser correspondente à venda *ad corpus*); uma venda feita com um preço único para um todo não discriminado, que reputava *ad mensuram*; e uma venda feita com um preço fixado com base em cada unidade de medida, igualmente *ad mensuram*⁴⁷³. De modo semelhante, Agostinho Alvim, para quem havia uma primeira situação, *ad mensuram*, com preço estipulado por unidade de medida; uma segunda, *ad mensuram*, em que não havia preço estipulado por unidade de medida, mas área determinada; e uma terceira, *ad corpus*, em que as medidas eram meramente enunciativas⁴⁷⁴.

A distinção, na prática, não era fácil de se fazer. PONTES DE MIRANDA

133.

⁴⁶⁹ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 155; W. BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, Vol. V, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 94-97.

⁴⁷⁰ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 155; W. W. BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, Vol. V, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 94-97; J. L. ALVES, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Vol. IV, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 233; A. FIORANELLI, *Compra e Venda no Registro Imobiliário*, in, *Direito Registral Imobiliário*, 1ª Ed., Porto Alegre, Safe, 2001, p. 493; A. DE CARVALHO, *A Venda de Imóvel e o Registro*, in, RDI (19-20) (1987).

⁴⁷¹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, Vol. IV, 11ª Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1958, p. 245.

⁴⁷² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 136.

⁴⁷³ EULÂMPIO RODRIGUES FILHO, *Compra e Venda de Imóveis e Ação Ex empto (Estudo sobre o artigo 1.136 do Código Civil)*, 2ª Ed., São Paulo, Leud, 2000, p. 64

⁴⁷⁴ A. ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 89.

notícia a casuística que ocorria em seu tempo na jurisprudência: a venda poderia ser considerada *ad corpus* mesmo que não houvesse referência aos limites e confrontações do imóvel (a venda da “casa das flores da rua tal”; ou, ainda, se constituísse parte indivisa de um todo maior (“a terça parte da Fazenda Flexeiras”). Por outro lado, a existência de limites definidos não impedia que a venda se considerasse *ad mensuram*, se o preço fosse estipulado por medida. A existência de um preço global para a área, também, não indicaria sempre tratar-se de venda *ad corpus* ou *ad mensuram*, havendo soluções diferentes conforme fosse apurada a vontade das partes em todo o contexto probatório das demandas⁴⁷⁵.

SERPA LOPES também traçou um panorama do pensamento dos tribunais brasileiros a respeito na primeira metade do século XX. Um dos critérios apontados seria a existência ou não de edificação, a qual, em havendo, faria com que se reputasse acidental a indicação da medida do terreno em que situado o prédio, salvo estipulação expressa em contrário. A existência ou não de muro também era vista como um elemento diferenciador, pela delimitação física que proporcionava. Um outro aresto, ainda, afirmava que a questão nada mais era do que descobrir a real vontade das partes, devendo-se buscar sempre saber se a coisa fora vendida “em bloco” ou não⁴⁷⁶.

Nenhuma das distinções apresentadas é plenamente satisfatória. E cremos que o artigo 1.136 foi mal compreendido pela doutrina. Ligando-se à sua origem histórica, é possível apresentar outra solução para o problema da venda com deficiência – ou excesso – de área, que será vista mais adiante.

3.2.2 – Da natureza da proteção concedida.

A doutrina também dissentia quanto à natureza da proteção ao comprador de imóvel com deficiência de área, ou ao vendedor de imóvel vendido com excesso, quando o admitia.

A maioria dos autores considerava que, em qualquer caso, o fundamento da proteção concedida ao comprador era o inadimplemento da obrigação do vendedor de entregar aquilo que vendera. Dessa maneira, à luz da concepção da época, a exigência da

⁴⁷⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, pp. 140-142.

⁴⁷⁶ Cf. M. M. DE SERPA LOPES, *Tratado dos registros públicos*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 320.

entrega da área faltante, ou a resolução do contrato seriam feitas pelo emprego da ação ‘*ex empto*’⁴⁷⁷.

Esta idéia fazia sentido tratando-se da entrega de uma certa quantidade de terras; mas não na venda de imóvel com limites precisos. Imagine-se um imóvel rural cuja descrição seja composta por rumos, ângulos, pontos de amarração e confrontações claramente definidos. Não obstante, sua área é inferior à declarada pelo vendedor. Entregue o imóvel, seria possível dizer que o vendedor não cumpriu sua obrigação, cabendo, portanto, ação com base no inadimplemento? Não nos parece. Por outro lado, seria, então, impossível que o vendedor ficasse vinculado pela quantidade declarada. Também não parece adequado. Assim, situações havia em que a solução proposta não era adequada.

Por outro lado, havia quem considerasse a falta de quantidade um ‘defeito’ da coisa vendida, o qual, não obstante não se confundisse com o vício redibitório, era a ele equiparável e baseava-se no mesmo princípio⁴⁷⁸. Aqui, novamente, a idéia faz sentido no caso da venda de imóvel claramente definido, mas com área discrepante da declarada. Mas não faz na situação oposta – a da venda de uma certa quantidade de terras que ainda virão a ser demarcadas.

Dessa maneira, tal como ocorre na análise da dicotomia ‘*ad corpus*’ e ‘*ad mensuram*’, nenhuma das duas soluções é plenamente satisfatória, nem abrange a totalidade das situações possíveis. Assim, como adiante se verá, será proposta outra, que julgamos ser mais conveniente.

⁴⁷⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 142; O. GOMES, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 235; EULAMPIO RODRIGUES FILHO, *Compra e Venda de Imóveis e Ação Ex empto (Estudo sobre o artigo 1.136 do Código Civil)*, 2ª Ed., São Paulo, Leud, 2000, p. 78; Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 155. AGOSTINHO ALVIM também integra esta corrente, não obstante denomine as ações que pedem abatimento no preço e resolução do contrato, respectivamente, *quanti minoris* e redibitória, afirmando que esta denominação leva em conta os pedidos, mas não a causa delas, não sendo, portanto, ações edilícias (Cf. A. ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 94).

⁴⁷⁸ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, Vol. IV, 11ª Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1958, p. 245; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 133; A. WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. II, 14ª Ed., São Paulo, RT, 2000, p.304; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro – teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. 3, 9ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 142-144.

3.2.3 – As obrigações do comprador e do vendedor.

Também quanto às obrigações do comprador e do vendedor havia polêmica na doutrina.

Os pontos pacíficos eram o da responsabilidade do vendedor pela deficiência de área nas vendas consideradas *ad mensuram*, e da inexistência de tal responsabilidade nas vendas *ad corpus*. Quanto à responsabilidade do comprador pelo excesso não havia consenso.

Quanto à extensão da responsabilidade do vendedor nas vendas consideradas *ad mensuram*, caberia ao comprador, em princípio, demandar o complemento da área; e, se tal não fosse possível, pleitear o abatimento no preço ou o desfazimento do contrato⁴⁷⁹.

Não afirmam os autores o que autorizava o abatimento no preço. Como se verá, na verdade as vendas *ad mensuram* eram incompatíveis com o direito brasileiro. No entanto, se tentará responder a esta pergunta, tendo em vista a utilidade do conceito para a promessa de venda e compra. Pois bem. Predominava na doutrina que a proteção do comprador consistia em poder este exigir o cumprimento da obrigação de entregar a coisa vendida se não ocorresse o integral cumprimento da obrigação. Isto vindo a ocorrer, caberia ao comprador exigí-lo, ou dar o contrato por resolvido. Em tal caso, parece-nos, que a obrigação do vendedor em conceder ‘abatimento no preço’ nada mais era do que o dever de indenizar as perdas e danos do comprador, prevista pelo artigo 1.056 do Código, em razão da impossibilidade do cumprimento da prestação. Ora, tratando-se de venda *ad mensuram* – venda de ‘quantidade’ de terras – tem-se que a obrigação de entregá-las era divisível, assim como seria a obrigação de entregar dez laranjas. Com isso, o vendedor cumprira uma parte da obrigação, e deixara de cumprir outro tanto. Nos termos do artigo 889, o comprador não poderia ser obrigado a receber parte do pagamento, podendo, portanto, pleitear o desfazimento do negócio. No entanto, se aceitasse o cumprimento parcial, também seria parcial o inadimplemento, cabendo-lhe pleitear as perdas e danos pelo restante.

Já nas vendas *ad corpus*, segundo a doutrina, não haveria qualquer

⁴⁷⁹ Cf. A. WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. II, 14ª Ed., São Paulo, RT, 2000, p.304; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 132; A. ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 92; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 137; O. GOMES, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 235.

responsabilidade, para o vendedor ou comprador⁴⁸⁰. Novamente, discordamos. No entanto, o problema, na verdade, está na forma como colocada a questão, e no modo de se considerar a venda *ad corpus*. Isto será visto no tópico seguinte.

Quanto à responsabilidade do comprador havia polêmica. Predominava amplamente a idéia de que pela redação da lei, e pelo dever que tinha o vendedor de conhecer aquilo que vendia, não lhe cabia qualquer responsabilidade⁴⁸¹.

No entanto, AGOSTINHO ALVIM discordava. Para o autor, seria cabível a responsabilidade do comprador, já que esta era reconhecida pelo direito romano, e também no direito estrangeiro. E compreendia que a entrega de quantidade maior do que a combinada consistia em erro, autorizando sua anulação por vício de consentimento⁴⁸². Estava correto AGOSTINHO ALVIM ao perceber a existência de responsabilidade para o vendedor.

No entanto, algumas considerações devem ser feitas. SILVIO RODRIGUES critica a solução do autor de que caberia ao vendedor anular a entrega do bem com base no erro, já que não se tratava este instituto de um remédio próprio do contrato de compra e venda, mas de medida genérica, aplicada a qualquer modalidade de negócio⁴⁸³. De fato, o fundamento do direito do vendedor estava na própria bilateralidade e correspondência entre prestações que caracterizava a venda *ad mensuram*. A cada unidade de medida do imóvel correspondia certa quantidade de dinheiro, e a cada certa quantidade de dinheiro, correspondia uma certa unidade de medida do imóvel. Dessa maneira, se uma quantidade maior de terras era entregue, por conseguinte maior também seria o preço a pagar. E, com base na obrigação do comprador de pagar o preço devido, poderia o vendedor desfazer o negócio – em virtude do inadimplemento - ou lhe cobrar o valor da diferença, aceitando o pagamento parcial do restante.

⁴⁸⁰ Cf. A. WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. II, 14ª Ed., São Paulo, RT, 2000, p.304; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 133; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 139; O. GOMES, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 235; EULAMPIO RODRIGUES FILHO, *Compra e Venda de Imóveis e Ação Ex empto (Estudo sobre o artigo 1.136 do Código Civil)*, 2ª Ed., São Paulo, Leud, 2000, p. 78; Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 155; A. ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, pp. 88.

⁴⁸¹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 141; O. GOMES, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 235; S. RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 28ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 167; C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, Vol. IV, 11ª Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1958, p. 245.

⁴⁸² A. ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, pp. 97-98.

⁴⁸³ Cf. Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 23ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 155.

3.2.4 – Proposta de uma nova solução baseada nos antecedentes históricos.

Como se disse, a doutrina brasileira do século XX não apresentou as soluções mais adequadas ao problema da venda de imóveis com deficiência – ou excesso – de área, e à correta interpretação do artigo 1.136 do Código. E isso decorre do apego à dicotomia ‘*ad corpus*’ versus ‘*ad mensuram*’, a qual não tem base legal, mas meramente doutrinária. Ainda, a já vista compreensão da venda ‘*ad corpus*’ como um modo de se exonerar o vendedor de responsabilidade. Com isso, acabou por tautologicamente definir o regime jurídico de venda por seus efeitos, e não por seu objeto, como ocorria no direito romano, criando confusão.

Com base no histórico estudado, afirmamos que a venda de imóveis, sob este aspecto da responsabilidade pela discrepância de área, pode ser realizada de três maneiras diferentes. Estas, no entanto, não são as propostas por Pontes de Miranda, Agostinho Alvim, ou Eulámpio Rodrigues Filho.

O primeiro ponto a se estabelecer é qual é o objeto da venda. Este pode consistir em uma certa quantidade de terras, ainda não demarcada; ou então em uma unidade, um corpo de limites definidos, vale dizer, uma ‘gleba’, ou um ‘lote’, entendidos estes como “espaços de limites determinados na superfície da terra”⁴⁸⁴. E somente no primeiro caso ocorre, verdadeiramente, uma venda *ad mensuram*.

A venda *ad mensuram*, no entanto, é incompatível com o sistema de registros públicos do Brasil, que, para funcionar, depende da perfeita individualização dos imóveis⁴⁸⁵. Isto deriva do chamado ‘princípio da especialidade’ do registro de imóveis, pelo qual todo registro deve recair sobre imóvel ‘especializado’, ou seja, precisamente identificado e individualizado, identificação esta que abrange sua localização, características e confrontações⁴⁸⁶.

Esta constatação gera dois problemas. O primeiro deles diz respeito à utilidade do regime das vendas *ad mensuram*; o segundo deles diz respeito à responsabilidade do vendedor.

Quanto ao primeiro, é necessário indagar: poderia um princípio do

⁴⁸⁴ Cf. A. DE CARVALHO, *Registro de Imóveis*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 47.

⁴⁸⁵ Cf. A. DE CARVALHO, *A Venda de Imóvel e o Registro*, in, RDI (19-20) (1987); M. M. SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, Vol. III, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 321. SERPA LOPES afirma, a seguir, que com isto fica a venda *ad mensuram* no Brasil restrita a proporcionar ao comprador o direito de pleitear o desfazimento do contrato ou abatimento no preço em virtude da eventual diferença. Tal opinião é fruto da já vista compreensão de *ad corpus* e *ad mensuram* por seus efeitos, e não por seu objeto.

⁴⁸⁶ Cf. A. DE CARVALHO, *Registro de Imóveis*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 219-220.

registro de imóveis condicionar o contrato de venda? Parece-nos que sim. Como já se viu, no direito civil brasileiro – diferentemente do que ocorria no direito romano – desde longa data o vendedor de bens de qualquer natureza obrigava-se a transmitir ao comprador propriedade do bem, e não apenas sua posse. E, desde a lei Lei 1.237 de 24 de setembro de 1864, a transmissão da propriedade imobiliária depende do registro do contrato de venda. Dessa maneira, a venda cujo objeto fosse quantidade de terras não delimitada no solo encerraria uma obrigação juridicamente impossível: a impossibilidade do registro tornava impossível o seu cumprimento. Donde se deva concluir que esta venda continha uma nulidade, consistente na impossibilidade de seu objeto, nos termos do artigo 145, II, do Código Civil. Dessa maneira, parece-nos, o regime *ad mensuram* seria aplicável tão somente às promessas de compra e venda, consistindo a demarcação e especialização da área vendida condição suspensiva essencial à celebração de um contrato válido de compra e venda.

E nestes contratos, estariam promitente vendedor e promissário comprador responsáveis pela quantidade apurada – maior ou menor do que o declarado – em razão dos respectivos inadimplementos, tal como já mencionado.

Quanto ao segundo problema, concluindo-se pela incompatibilidade da venda *ad mensuram* com o direito civil brasileiro, dever-se-ia concluir que o vendedor nunca seria responsável pela deficiência de área? Não nos parece. A solução está no regime aplicável às vendas *ad corpus*, como se verá a seguir.

Como se viu, a venda *ad corpus* tem por objeto “espaços de limites determinados na superfície da terra”. E é a estas vendas que se dirigia o artigo 1.136 do Código Civil de 1.916. Assim, tratando-se de venda de ‘imóvel’ – unidade imobiliária – duas seriam as possibilidades: haver responsabilidade para o vendedor pela área declarada, ou não.

Haveria responsabilidade se o vendedor assegurasse a existência da área declarada. Isto ocorria quando o vendedor assumia expressamente esta obrigação; quando se estipulava o preço em função de cada unidade de medida; ou ainda quando o vendedor indicava uma determinada área sem que esta fosse ‘meramente enunciativa’. Quando a área era meramente enunciativa? Como já se viu na análise da polêmica entre Pedro Lessa e Campos Toledo, a medida era enunciativa quando se prestava não a assegurar uma qualidade do bem, mas tão somente a auxiliar na identificação de um corpo que já se conhece. Na dicção do Código, “coisa certa e discriminada”. Ora, ainda hoje diversos modos de se descrever imóveis coexistem no registro. Se por um lado há imóveis que

circulam no tráfico jurídico contendo descrição georreferenciada e precisa, por outro há ainda aqueles cuja descrição, não obstante exista – ou então estariam excluídos do sistema – é imperfeita, por apresentar apenas as linhas gerais do imóvel. Assim, como concluiu Eulâmpio Rodrigues Filho, estes últimos imóveis, não obstante sejam coisa ‘certa’, não são coisa ‘determinada’⁴⁸⁷; e, portanto, a área declarada pelo vendedor não seria meramente enunciativa, mas uma qualidade garantida pelo vendedor sobre o bem.

Por outro lado, com um intuito de estabilização das relações jurídicas, e de pacificação social – e de repelir da esfera do direito a proteção daquilo que é mínimo, como disse Pontes de Miranda⁴⁸⁸ - o Código trouxe uma presunção de que não havia garantia pelo vendedor se a diferença apurada fosse inferior a 1/20; a qual poderia, no entanto, ser afastada pela vontade das partes⁴⁸⁹.

Por fim, a tutela concedida pelo artigo 1.136, quando presente, seria, tal como afirmado por CLÓVIS BEVILÁQUA e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, resultante de um análogo à proteção do comprador contra vícios redibitórios. Não obstante não houvesse propriamente um vício, a área do imóvel, quando enunciativa, era uma qualidade afirmada - e garantida - pelo vendedor, autorizando o comprador a fazer uso das ações edilícias, e pleitear o abatimento do preço ou a extinção do contrato. No entanto, parece-nos, o complemento de área nunca seria possível em razão da própria essência da venda *ad corpus*: a gleba ou o lote vendido fôra efetivamente entregue, não havendo cabimento a que se demandasse a entrega de área maior de terra. O vendedor cumprira sua obrigação. Não houve inadimplemento. Apenas, a coisa entregue não continha uma das qualidades que dela se esperava.

⁴⁸⁷ Cf. EULÂMPIO RODRIGUES FILHO, *Compra e Venda de Imóveis e Ação Ex empto (Estudo sobre o artigo 1.136 do Código Civil)*, 2ª Ed., São Paulo, Leud, 2000, p. 75.

⁴⁸⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 137.

⁴⁸⁹ A. ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 90.

4 – O tratamento da questão na vigência do Código Civil de 2002.

4.1 – Mudanças em relação ao Código Civil de 1.916.

No dia 05 de maio de 1969, em sessão solene realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi instalada a Comissão Revisora do Código Civil. Seus membros viriam a ser designados formalmente algumas semanas depois, por meio da Portaria 109-GB, data do dia 23 de maio de 1969, do então Ministro da Justiça, Antonio da Gama e Silva. Após alguns meses de trabalho da Comissão, encarregada de, sob a direção de Miguel Reale, elaborar anteprojetos de cada parte do Código, este viria a apresentar ao Ministro, no dia 09 de novembro, um texto global do Código. E, após mais uma rodada de discussões e emendas, uma versão preliminar viria a ser apresentada ao ministro Alfredo Buzaid, em 23 de maio de 1972⁴⁹⁰.

Após mais discussões e emendas, o projeto seria encaminhado ao Congresso Nacional em 11 de junho de 1975, acompanhado de uma mensagem do então Presidente da República⁴⁹¹.

Após alguns anos de discussão pela Comissão da Câmara, as votações se iniciariam no dia 28 de junho de 1983, e se encerrariam no dia 09 de maio de 1984. O texto aprovado foi encaminhado ao Senado, onde dormitou até 1999, tendo sido, até mesmo,

⁴⁹⁰ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Notas para a História da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil Brasileiro de 2002 (1969 – 1975)*, in, *Código Civil no Debate Parlamentar – Elementos Históricos de Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, vol. I, 1ª Ed., Brasília, Edições Câmara, 2012, pp. 29-33.

⁴⁹¹ Cf. L. H. C. DE AZEVEDO, Prefácio, in, *Código Civil no Debate Parlamentar – Elementos Históricos de Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, vol. I, 1ª Ed., Brasília, Edições Câmara, 2012, pp. XIX-XXV.

objeto de arquivamento em 17 de dezembro de 1990⁴⁹².

Em 15 de março de 1999 o texto, já emendado pelo Senado, retornou à Câmara, onde seria aprovado em definitivo no dia 06 de dezembro de 2001⁴⁹³.

Quanto ao nosso objeto, o artigo 500 – inicialmente constando do projeto como artigo 498 – somente sofreria uma única emenda, no Senado, alterando ligeiramente a redação do parágrafo 2º⁴⁹⁴.

O artigo 500 incorporou a responsabilização do comprador pelo excesso quando o vendedor tivesse motivos para ignorar a diferença; inseriu um elemento finalístico na repulsa à presunção de ser a área declarada meramente enunciativa; e, cedendo ao costume que de longa data se instalara no país, mencionou expressamente a venda ‘*ad corpus*’ como situação de exoneração da responsabilidade do vendedor⁴⁹⁵.

Ainda, fixou um prazo específico para o ajuizamento das ações dele decorrentes: um ano, contado do registro da transmissão, ou da data da imissão na posse, se o atraso em sua ocorrência for imputável ao alienante⁴⁹⁶.

Dessa maneira, consiste em uma colagem de elementos de diversas origens: a intenção original de CLÓVIS BEVILÁQUA; e redação proposta pela emenda do Senado quando da tramitação do Código de 1916, contendo influências do Código Civil Francês; e a inclusão de regras oriundas da prática do direito, como a definição de um prazo, a responsabilização do comprador na ocorrência de excesso, e a menção expressa à cláusula ‘*ad corpus*’.

⁴⁹² Cf. L. H. C. DE AZEVEDO, Prefácio, in, *Código Civil no Debate Parlamentar – Elementos Históricos de Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, vol. I, 1ª Ed., Brasília, Edições Câmara, 2012, pp. XIX-XXV.

⁴⁹³ Cf. L. H. C. DE AZEVEDO, Prefácio, in, *Código Civil no Debate Parlamentar – Elementos Históricos de Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, vol. I, 1ª Ed., Brasília, Edições Câmara, 2012, pp. XIX-XXV.

⁴⁹⁴ O texto original era: “Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, para ignorar a medida exata da área vendida, para ignorar a medida exata da área vendida, para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar caberá ao comprador, à sua escolha, completar o preço ou devolver o excesso.” (Cf. E. PASSOS; J. A. DE OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa do Código Civil – Quadro Comparativo*, Vol. I, 1ª Ed., Brasília, Senado Federal, 2012, p. 138).

⁴⁹⁵ Artigo 500: “Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. Parágrafo 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio. Parágrafo 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso. Parágrafo 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*”.

⁴⁹⁶ Artigo 501: “Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título. Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência”.

A sua interpretação possível será vista a seguir.

4.2 – Proposta de compreensão do artigo 500.

O artigo 500 do Código Civil contém, em um mesmo dispositivo, alguns direitos potestativos e uma pretensão que ultrapassam os limites a velha classificação entre venda *ad corpus* e *ad mensuram*. Deve-se, portanto, abandoná-la em sua análise, máxime tendo-se em vista o sentido artificial e errôneo que a expressão *ad corpus* veio a adquirir no Brasil.

Estão presentes no artigo as três possibilidades que havia no artigo 1.136 do Código Civil de 1916: venda de certa quantidade de terras não demarcadas; venda de imóvel delimitado no solo, com indicação de área vinculante; venda de imóvel delimitado no solo, com área meramente enunciativa.

Quanto à venda de quantidade de terras não demarcadas, permanecem as observações feitas ao Código de 1916: esta é incompatível com a sistemática do registro de imóveis, e sua aplicação somente deve ocorrer em sede de promessa de compra e venda. Em tais casos, a entrega ao promissário comprador de quantidade menor de terras do que o declarado dará origem a uma pretensão de se receber o restante. Não sendo possível esta entrega, será cabível ao promissário comprador pleitear a resolução de todo o contrato, se não lhe for mais conveniente; ou aceitar o cumprimento da parte que lhe foi entregue, pleiteando indenização pelo que não recebeu. E a escolha entre desfazer o negócio ou receber a indenização caberá exclusivamente ao promissário comprador, tendo em vista que este não pode ser obrigado a receber cumprimento parcial de obrigação.

Por outro lado, se ao invés de falta houver excesso, o Código traz uma regra nova: condicionar o direito do promitente vendedor ao seu desconhecimento das medidas do imóvel. Desse modo, se o promitente vendedor entrega quantidade maior do que o declarado, e tinha motivos para desconhecer este fato – por exemplo, porque o agrimensor que realizou a demarcação da área entregue enganou-se, ou o ludibriou – nasce, para ele, a pretensão de exigir do promissário comprador um crédito relativo a uma obrigação alternativa: devolver o excesso ou indenizar o promitente vendedor pelo equivalente, cabendo a escolha ao promissário comprador.

A segunda possibilidade tratada pelo artigo é a venda de imóvel

delimitado, com indicação de área não enunciativa, ou seja, vinculante. O critério para que se saiba se a área indicada é meramente enunciativa ou não é a vontade das partes declarada no negócio. Dessa maneira, é possível que as partes estipulem expressamente a responsabilidade pela área declarada; ou, ainda, que se conclua pela responsabilidade com base em indícios, como a finalidade que se dará ao imóvel. Eis aqui a diferença em relação à primeira hipótese: O que importa é uma certa qualidade presente na coisa pela qual as partes do contrato se responsabilizam, e não propriamente a quantidade.

Dessa maneira, tratando-se da afirmação de uma qualidade, é interessante observar a idéia do *fundus* que foi desenvolvida pelo direito agrário, a qual pode fornecer subsídios a um maior âmbito de aplicação do dispositivo. O *fundus* do direito romano – e aproveitado pelo direito agrário – não consistia apenas em uma mera porção de terra, mas em uma unidade incindível, destinada à produção agrícola, e caracterizada pela sua finalidade⁴⁹⁷. Era composto por uma série de elementos que o aperfeiçoavam: águas, varas do vinhedo, o estrume e demais fertilizantes, a *villa* do proprietário, a cobertura do poço. Ainda, o pasto e as áreas agricultáveis⁴⁹⁸. A falta destes elementos – que tornavam o *fundus* apto a produzir – o transformavam em *pars* ou *locus*, meras porções de terra⁴⁹⁹. Isto facilita a compreensão do disposto em D. 19.1.4.1, de que já se tratou, cuja tradução segue adiante:

“Se a medida de um campo é descoberta menor, o seu senhor fica obrigado pelo número de *jugerum*, pois onde se encontra medida menor, não se pode estimar a boa qualidade daquilo que não está presente. Mas não apenas se a medida do campo como um todo for menor é que se pode agir contra o vendedor, de modo que tal também é possível quanto a parte do campo, por exemplo se declarado que há tantos *jugera* de vinhas, ou de oliveiras, e menos se encontra: e por isso nestes casos se fará uma estimativa segundo a boa qualidade do lugar”.

O direito agrário moderno absorveu a idéia do *fundus*, especialmente

⁴⁹⁷ Cf. GIANGASTONE BOLLA, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, in, *Scritti di Diritto Agrario*, 1ª Ed., Milão, Giuffrè, 1963, p. 291.

⁴⁹⁸ Cf. GIANGASTONE BOLLA, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, in, *Scritti di Diritto Agrario*, 1ª Ed., Milão, Giuffrè, 1963, p. 294.

⁴⁹⁹ Cf. GIANGASTONE BOLLA, *La disciplina del 'Fondo' come unità agraria*, in, *Scritti di Diritto Agrario*, 1ª Ed., Milão, Giuffrè, 1963, p. 451.

tratando do *fundus instructus*: o imóvel apto a ser cultivado, ou a receber criação de animais, congregando uma série de elementos que vão além da terra nua⁵⁰⁰.

Dessa maneira, parece-nos, seria cabível a responsabilidade não apenas em razão de a quantidade declarada e assegurada ser diferente da real, mas também nos casos em que certos conteúdos declarados do imóvel fossem discrepantes: a quantidade de terras contidas no imóvel vendido que estivessem aptas a produzir ou a receber cultivo mecanizado; a presença de áreas contendo bosques ou destinadas à silvicultura; a existência de uma certa área contendo lavouras permanentes, como pés de laranja ou café etc. Esta era, recorde-se, a opinião de VAN WETTER quanto ao direito romano⁵⁰¹.

Em qualquer dos casos, parece-nos, em princípio, inaplicável a possibilidade de se exigir complementação. Como já se viu na análise do artigo 1.136, não houve inadimplemento: foi entregue uma certa unidade identificada. No entanto, dada a ausência de suas qualidades, surgiram para o comprador os direitos potestativos a desfazer o negócio, ou exigir abatimento no preço.

Não se trata aqui de pretensão, já que não há uma prestação que deva ser exigida do vendedor. Tratando-se do primeiro caso, em que se vendia uma certa quantidade de terra, a pretensão surgia porque a situação real – a quantidade de área entregue – discrepava do previsto no contrato, violando o direito do adquirente. Já aqui, o problema não está propriamente no imóvel, mas no contrato, que erroneamente indicou uma certa qualidade que o bem não possuía. Desta maneira, caberá ao comprador, exercendo seu direito potestativo, extinguir a relação jurídica, ou modificá-la, acertando-se o preço ao valor adequado do imóvel.

O Código prevê, também, o direito de o vendedor – desde que demonstre ter motivos para desconhecer a diferença – obter a devolução do excesso ou complementação no preço. Aqui, rompeu definitivamente com a tradição de longa data de se equiparar o ‘defeito’ de área ao vício redibitório. Não há qualquer sentido em se dar ao vendedor – a quem compete garantir as qualidades da coisa vendida – a possibilidade de obter restituição parcial da área ou complementação do preço em razão de ter a coisa uma qualidade que não conhecia. Contudo, o artigo 500 não distingue quais são as situações em que é aplicável o parágrafo 2º, bastando-lhe que haja os ‘motivos para desconhecer’ as qualidades daquilo que vendeu. Ainda, parece-nos incompatível com esta modalidade de

⁵⁰⁰ Cf. F. CAMPOS SCAFF, *Teoria Geral do Estabelecimento Agrário*, 1ª ed., São Paulo, RT, 2002, p.126; A. CARROZZA, *Gli Istituti del Diritto Agrario*, vol. I, 1ª Ed., Milão, Giuffrè, 1962, p. 194.

⁵⁰¹ Cf. P. A. H. VAN WETTER, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1ª Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904, pp. 263-264.

venda a possibilidade de se devolver o excesso já que tal faria com que o imóvel vendido viesse a perder sua unidade. Solução mais adequada seria ter dado ao comprador a opção de desfazer o negócio – já que, como se viu, pode não querer ou não poder pagar. Restará ao vendedor, portanto, receber um valor proporcional àquilo que entregou a mais.

A terceira e última possibilidade é a da venda de imóvel determinado, cuja área indicada seja meramente enunciativa. Como se viu, é enunciativa a área quando não se presta a assegurar uma qualidade do imóvel, mas apenas auxiliar na sua identificação. Ainda, a área poderá ser considerada meramente enunciativa se assim as partes o desejarem, e o manifestarem de maneira expressa ou implícita; ou se incidir a presunção contida no parágrafo primeiro.

É curioso observar que esta manifestação das partes pode ser feita pelo uso errôneo da expressão '*ad corpus*'. Cristalizou-se na lei um costume *contra legem* de longa data, para horror de PEDRO LESSA que tão ardorosamente o combateu.

Quanto à presunção contida no parágrafo primeiro, este dispõe que presumem-se enunciativas as medidas se a diferença for de até no máximo 1/20, salvo se o comprador provar que nestas circunstâncias não teria realizado o negócio. Vê-se aqui o espírito finalístico que se tentou dar ao dispositivo, e que remete ao *fundus* já visto: a falta de uma certa qualidade do imóvel, por mínima que seja, poderá dotar a parte de direitos relativos ao desfazimento do negócio se frustra seus objetivos. Neste caso, no entanto, parece-nos inadequada a via do abatimento no preço, já que o que se exige é exatamente a prova de que o negócio não é mais conveniente ao comprador. Por outro lado, como o único direito de que dispõe o vendedor na venda de imóvel certo é o abatimento no preço, parece-nos que esta hipótese é inaplicável aos casos em que a diferença de até 1/20 consistir em excesso de área.

Nos termos do artigo 501, qualquer das ações oriundas do artigo 500 – sejam fruto de pretensão, ou de direito potestativo – decaem no prazo de um ano contado do registro da venda, ou, se houver atraso na imissão na posse imputável ao vendedor, da data em que isto efetivamente ocorreu.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que ainda há no artigo 500 uma pretensão fruto de inadimplemento, consistente na primeira hipótese de que se tratou neste item; mas não mais há uma hipótese de vício redibitório, fruto da via aberta expressamente ao vendedor nas vendas de imóvel como coisa certa.

5 – Conclusão.

Há mais de um modo de se fazer a história do direito. Um deles é construí-la como se constrói a história em geral, e conforme seus métodos próprios. O outro é o da reconstrução do direito do passado, com o uso de critérios e conceitos propriamente jurídicos – obra de jurista, portanto. Não parece ser inadequada, em si, qualquer das duas vertentes. No entanto, deve o historiador do direito estar ciente daquilo que está fazendo, quanto ao objeto, método e finalidade de sua pesquisa.

A história ‘jurídica’ do direito, contudo, não consiste em sistematização do passado, mas na compreensão – tanto quanto possível, à luz do pensamento jurídico da época – do verdadeiro significado das normas de um tempo passado, e da sua repercussão na realidade concreta do povo que lhe estava sujeito. Ainda, não implica no isolamento do direito dos demais âmbitos da cultura. Para que possa ser assim compreendida, convém, além de buscar os nexos lógicos internos às fontes, também suas causas externas por meio daquilo que Helmut Coing denominou “concatenação especial” (*spezielle Verknüpfung*): a elaboração de uma conexão da norma estudada a um elemento especial da cultura total.

Por essa razão, antes de analisar propriamente a questão da venda de terras com diferença de área na história do direito brasileiro, foi necessário compreender como se obtinham terras no Brasil desde sua origem até a codificação, e como se deu a formação da propriedade territorial no país.

O acesso às terras se dava, em um primeiro momento, por dois meios. O primeiro deles era a obtenção de um título legítimo de sua transmissão pela Coroa, que se dava pelo instituto das ‘sesmarias’, previsto nas Ordenações, e que consistia em uma adaptação de uma figura do direito medieval português; e o segundo, o apossamento puro e simples (mais tecnicamente, ocupação) de terras que não se encontrassem povoadas.

Com o surgimento dos primeiros proprietários, passam a ser possíveis

também as aquisições derivadas, oriundas da alienação, ou transmissão *causa mortis*, da propriedade por quem os recebeu da Coroa, ou os ocupou.

Como se viu, as próprias cartas de doação de sesmaria previam a possibilidade de sua alienação tão logo cumpridos os requisitos impostos ao donatário – em geral, aproveitar efetivamente o bem recebido. Ainda, as instruções de João Antonil sobre a compra de terras demonstra que efetivamente estas eram negociadas e vendidas.

No entanto, a formação territorial do Brasil – por suas peculiaridades históricas e pelo tamanho do território brasileiro – seria marcada por três traços intimamente relacionados, que condicionariam o modo de exploração da agricultura no país, e que projetariam seus efeitos na questão por nós estudada: o baixo valor da terra, a grande extensão das propriedades, e os limites pouco definidos dos imóveis.

A abundância de terras e a escassez de mão de obra para explorá-la implicava no seu pouco valor, de modo que a riqueza de um brasileiro que vivesse no Brasil Colônia, ou mesmo no Império, era mais bem medida pela quantidade de escravos que este possuía, do que pela extensão de suas terras. A situação gerava tal impacto na economia que, quando da discussão acerca da Lei de Terras de 1850, buscavam-se mecanismos de artificialmente aumentar seu valor, de modo a impedir o seu fácil acesso aos imigrantes que seriam importados para substituir a mão-de-obra escrava. Ainda, o baixo valor da terra dificultava a oferta de crédito aos agricultores, já que a hipoteca de imóveis urbanos oferecia maior segurança aos bancos.

Ainda, as terras concedidas nos primeiros tempos possuíam extensões vastíssimas, e em geral não eram integralmente aproveitadas. Esta situação levou a Coroa a mais de uma vez buscar coibir abusos nas doações, o que nem sempre surtia os efeitos desejados.

Ademais, em geral as concessões não estipulavam limites para as áreas concedidas, mas tão somente a quantidade doada e o local onde se situavam. Com isso, criava-se uma situação em que a extensão da área obtida ia até onde o seu titular pretendesse chegar, impedindo o acesso de outras pessoas, e gerando alguns conflitos. Somente não havia mais conflitos porque, como já se viu, a terra tinha valor baixo.

Estes três traços implicaram na ausência do assunto da venda de imóveis com diferença de área em todo o panorama do direito civil brasileiro até a segunda metade do século XIX, não obstante estivesse presente em numerosas passagens do direito romano, e houvesse sido desenvolvido por muitos de seus comentaristas.

Na segunda metade do século XIX começam a surgir na jurisprudência

casos dizendo respeito à questão, o que levou a um acirrado debate entre Pedro Lessa e Campos Toledo, o qual fornece um bom panorama do funcionamento do direito da época.

O primeiro – e crucial – ponto era o do direito aplicável à solução da controvérsia. Vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas e legislação extravagante. No entanto, na hipótese de surgirem assuntos não regulados pela legislação pátria, o direito subsidiário – na forma como vinha previsto na ‘Lei da Boa Razão’ – entrava em ação. A Lei da Boa Razão, dentre outros pontos, buscava coibir uma série de abusos que ocorriam quanto ao uso do direito subsidiário, em detrimento do direito nacional. E os Estatutos da Universidade de Coimbra viriam a reforçar esta preocupação. Contudo, os abusos continuavam sendo freqüentes, e, pela própria formação recebida pelos juristas, o recurso ao direito romano em casos que em princípio tal não se admitiria era comum.

Havia nas Ordenações dispositivo aplicável ao caso da venda com falta de área no Título 17 do Livro 4, equiparando a ausência de área ao vício redibitório. E assim a jurisprudência vinha solucionando os casos apresentados. Contudo, os dois participantes da mencionada polêmica estavam acordes no sentido de que isto não era adequado, recorrendo ao direito romano. E, por o fazerem sem grandes justificativas, é de se crer que, de fato, o expediente era habitual.

Havia no antigo direito romano uma *actio* destinada especificamente ao caso da venda com deficiência de área: a *actio de modo agri*, a qual é apontada pelos autores como antecedente da responsabilização do vendedor por vícios redibitórios. As ações edilícias do *jus honorarium*, parece-nos, nunca foram aplicáveis ao caso. Contudo, a *actio empti*, a partir de certa época, teria sido aplicável, em razão da qualidades afirmadas pelo vendedor. O direito romano justinianeu, entretanto, aboliria a distinção entre o *jus civile* e o *jus honorarium*, passando a ser aplicável, a qualquer caso, a *actio empti*.

O método dos contedores é nitidamente o do *usus modernus pandectarum*, introduzido oficialmente em Portugal pela Lei da Boa Razão. Com efeito, aplicam as fontes romanas invocando a autoridade de expoentes desta escola, ou da Escola Culta, e, ainda invocando dispositivos presentes em Códigos Estrangeiros, no intuito de se aferir a ‘boa razão’ das passagens do digesto citadas. E não deixa de ser curioso o fato de, em 1898, basearem muitos dos seus argumentos em jurisconsultos alemães, holandeses, italianos e espanhóis dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Os participantes da polêmica batiam-se por dois pontos principais: a natureza da ação que caberia ao comprador de imóvel com área menor, e a existência ou não de responsabilidade para o vendedor nas vendas consideradas ‘*ad corpus*’.

A distinção entre vendas *ad corpus* e *ad mensuram* não é romana. No entanto, está presente nos comentários dos estudiosos desde, ao menos, o século XVI; e, provavelmente, remonta ao trabalho dos juristas medievais. E o modo correto de distinguir as situações, parece-nos, é o de se saber o que está sendo vendido, se uma quantidade de alguma coisa, ou, por outro lado, uma coisa determinada. *Ad mensuram* seria a venda de quantidade; e *ad corpus* a venda de uma coisa certa. Dessa maneira, seria *ad mensuram* a venda de tantos *jugera* de terras em uma determinada localidade; e *ad corpus* a venda de um certo *fundus*, o qual, no direito romano, significava uma unidade com limites e conteúdo definidos.

Quanto ao exposto por Pedro Lessa, o autor está correto quando afirma que nas vendas *ad mensuram* a ação cabível é a *actio empti* (ou *ex empto*), decorrente do inadimplemento do vendedor. Mas, tratando-se de vendas *ad corpus*, a quantidade declarada não significa que o vendedor obrigara-se a entregar uma quantidade de alguma coisa, mas sim que garantia que a coisa individualizada que vendera continha uma certa qualidade consistente na área afirmada. Tratava-se, portanto, de proteção derivada da afirmação de uma qualidade, e, portanto, equiparável ao vício redibitório (não obstante o direito romano justinianeu atribuísse a ambos os casos a utilização da *actio empti*).

Já quanto ao exposto por Campos Toledo, não era adequada a afirmação de que nas vendas *ad corpus* não havia qualquer responsabilidade para o vendedor pela deficiência. O direito romano e a maioria dos códigos civis de sua época responsabilizavam o vendedor nestes casos. No entanto, havia no Brasil – e ainda há – uma compreensão de que ‘ad corpus’ é uma cláusula que se insere no contrato de venda no intuito de se exonerar a responsabilidade do vendedor pela diferença eventualmente existente, como se de uma venda ‘no estado’ se tratasse. Esta concepção chegou a ser incorporada ao texto do Código Civil de 2002, no parágrafo 3º do artigo 500. Contudo, é inadequada.

O problema da concepção dos dois autores está em conceber apenas duas possibilidades para o caso, com base na dicotomia *ad corpus* e *ad mensuram*. Há, na verdade, três delas. A primeira é a situação em que se vende uma quantidade de terras, que ainda virá a ser demarcada. Na hipótese de ser entregue menos área, o vendedor não cumpriu sua obrigação, sendo, portanto, responsável pelo inadimplemento. Esta é a venda *ad mensuram*. Por outro lado, as outras duas situações envolvem a venda de um imóvel determinado – um *fundus*, acerca do qual se afirma a área, ou certas qualidades, como, por exemplo, conter uma certa área de vinhedos, ou olivais. Poderia o vendedor

responsabilizar-se por estas qualidades; ou então poderiam as medidas afirmadas serem meramente enunciativas, apenas servindo para auxiliar na identificação e caracterização do imóvel. No primeiro caso, responderia pela não existência das qualidades mencionadas, como se de vício se tratasse; no segundo caso, não. E ambos seriam hipóteses de vendas *ad corpus*.

Esta concepção também soluciona a questão da responsabilidade do comprador: o comprador somente pode ser chamado a complementar o preço, ou devolver o excesso nas vendas de uma certa quantidade de terras. Nas vendas de imóvel determinado, a área é uma qualidade afirmada pelo vendedor, não havendo sentido em se responsabilizar o comprador pela existência de uma qualidade positiva na coisa, que o vendedor desconhecia.

De todos os projetos de código civil que seriam apresentados no império e início da república, somente o de Coelho Rodrigues e o de Clóvis Beviláqua conteriam um dispositivo específico acerca do caso.

Na versão original do projeto apresentado por Clóvis Beviláqua, o caso era equiparado aos vícios redibitórios por expressa disposição legal, o que, segundo o jurista, seria feito com base no disposto no Código Civil Alemão. No entanto, por emenda no Senado, a redação daquele que viria a ser o artigo 1.136 foi radicalmente alterada, e, curiosamente, a comissão o fez alegando que, dessa maneira, mais bem o adaptava à solução prevista no Código Civil Francês, o que, segundo a Comissão, seria a intenção do autor desde o início.

O Código de 1.916 continha a mesma solução dada ao caso pela interpretação do direito romano justinianeu: venda de quantidade, com responsabilidade para o comprador e o vendedor; ou venda de coisa certa, sendo que nesta última poderia haver, ou não, responsabilidade para o vendedor, mas nunca para o comprador, já que o caso era equiparável a vício redibitório. No entanto, deve-se reconhecer que esta não era a posição da doutrina majoritária.

Deve-se destacar que na interpretação feita por Clóvis em seus comentários ao artigo 1.136 não há qualquer menção à dicotomia *ad corpus* e *ad mensuram*, o que quer nos parecer que o jurista já a abandonara quando da elaboração do texto original do projeto, e, mesmo com a emenda no Senado, prosseguiu considerando-a inadequada.

O Código Civil de 2002 viria a modificar a concepção que vinha desde a interpretação do direito romano justinianeu antes da codificação, acatando influxos que a

romperam. Incorporou a proteção do vendedor em qualquer caso, desde que tivesse motivos para ignorar o excesso de área; expressamente acatou a concepção errônea de que por ‘ad corpus’ se deve compreender uma exoneração de responsabilidades; instituiu um prazo único de decadência para todos os pleitos oriundos do artigo 500; e instituiu um viés finalístico na distinção entre venda com medidas vinculantes e meramente enunciativas.

Dessa maneira, contem em um mesmo artigo, direitos potestativos e uma pretensão que ultrapassam os limites da velha classificação entre venda *ad corpus* e *ad mensuram*, a qual deve ser abandonada, em especial tendo-se em vista a inadequação do uso da expressão *ad corpus*.

Não obstante, o viés finalístico presente no parágrafo 1º do artigo 500 abre portas para uma mais ampla aplicação do dispositivo, equiparando-se à diferença de área do imóvel vendido como corpo certo, a falta de partes específicas de seu conteúdo, tal como os vinhedos e olivais de que tratava D. 19.1.4.1.

6 – Índice de fontes.

FONTES ROMANAS

FONTES LITERÁRIAS

Cic. *De off.* 3.16.65

PAULI SENTENTIAE

Ps. 2.17.4

DIGESTO

11.6.3.3

18.1.40

18.1.40.2

19.1.11.3

19.1.6 pr

19.1.4.1

19.1.13.14

19.1.6 pr

19.1.13.14

19.1.38 pr

19.1.4 pr

21.1.1.pr

21.2.45

21.2.69.6

21.1.31.16

21.1.21 pr

CODEx

11.59.8

BASILICAS

Bas. 19.8.4

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

ORDENAÇÕES AFONSINAS

L. 4, T. 22.

ORDENAÇÕES MANUELINAS

L. 4, T. 17

ORDENAÇÕES FILIPINAS

L. 4, T.8

L. 4, T. 17

L. 4, T. 79

LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

CARTAS RÉGIAS

Carta Régia de 27 de Dezembro de 1695

Carta Régia de 07 de Dezembro de 1697

Carta Régia de 23 de novembro de 1698

ALVARÁS

alvará de 25 de junho de 1808

Alvará de 25 de janeiro de 1808

Alvará de 04 de setembro de 1810

Alvará de 05 de outubro de 1795

Alvará de 25 de janeiro de 1809

Alvará de 05 de janeiro de 1785

RESOLUÇÕES DA MESA DO DESEMBARGO DO PAÇO

Resolução de 17 de julho de 1822

PROVISÕES

Provisão de 14 de março de 1822

DECRETOS

Decreto de 20 de outubro de 1753

Decreto de 10 de dezembro de 1796

Decreto de 22 de junho de 1808

Decreto de 25 de novembro de 1808

LEIS

Lei de 18 de Agosto de 1769

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

PROVISÕES

Provisão de 22 de outubro de 1823

DECRETOS

Decreto 737 de 25 de novembro de 1850

RESOLUÇÕES

Resolução de 05 de fevereiro de 1827

LEIS

Lei 601 de 1850

Lei 1237 de 1864

CÓDIGO CIVIL DE 1916

Artigo 1136

Artigo 1056

CÓDIGO CIVIL DE 2002

Artigo 500

Artigo 501

CÓDIGOS ESTRANGEIROS

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

Artigo 1617

Artigo 1618

CÓDIGO CIVIL ITALIANO (1865)

Artigo 1473

Artigo 1474

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

ARTIGO 1345

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (1867)

Artigo 1576

CÓDIGO CIVIL ESPANHOL

Artigo 1471

CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

Artigo 468

7 – Bibliografia.

ABRANTES, Visconde de, *Memoria sobre meios de promover a colonização*, 1ª Ed, Berlim, Tipografia de Unger e Irmãos, 1846.

ACCARIAS, Calyxte, *Précis de Droit Romain*, Vol. II, 1ª Ed., Paris, Cotillon, 1882.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008.

ALVES, José Luis, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Vol. IV, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.

ALVIM, Agostinho, *Da Compra e Venda e da Troca*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961.

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de, *Projetos para o Brasil*, 1ª Ed., São Paulo, Publifolha, 2000.

<Anônimo>, *Fragmentos de uma memória sobre as sesmarias da Bahia*, in, *Revista Trimestral de História e Geografia ou Jornal do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil*, (12) (1841).

ANTONIL, João, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 11ª Ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1952.

ASSEMBLÉIA PROVINCIAL DE SÃO PAULO, *Actas da Assembléia Provincial de São Paulo* (1862-1869).

AUBRY, Charles; RAU, Charles-Frederic, *Cours de Droit Civil Français*, Vol. III, 3ª Ed., Paris, LGDJ, 1856.

AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Introdução à História do Direito*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 2005.

BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*, Vol. V, 37ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BASTIDE HORBACH, Carlos, *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*, 1ª Ed., Brasília, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2007.

BERWICK, Thomas, *A Contribution to na English Translation of Voet's Commentary on the Pandects*, 2a Ed., Londres, Stevens & Haynes, 1902.

BETTI, Emilio, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, (15) (1928).

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, Vol. IV, 11ª Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1958.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro*, in *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.

BIBLIOTECA NACIONAL, *Documentos Históricos – Tombos das Cartas de Sesmarias do Rio de Janeiro dadas por Cristóvão de Barros (1573-74), dadas por Salvador Correia de Sá (1578-79)*, vol. CXI, Rio de Janeiro, Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

BOLLA, Giangastone, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, in, *Scritti di Diritto Agrario*, 1ª Ed., Milão, Giuffrè, 1963.

BOLLA, Giangastone, *La disciplina del 'Fondo' come unità agraria*, in, *Scritti di Diritto Agrario*, 1ª Ed., Milão, Giuffrè, 1963.

BOWIE, Willian, *Notable Progress in Surveying Instruments*, in, *The Scientific Monthly*,

(29) (5).

BUCKLAND, Willian Warwick, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3a Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1963.

BUCKLER, Willian Hepburn, *The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of the republican period*, 1a Ed., Londres, C. J. Clay and sons, 1895.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, in, *Obras Esparsas*, Vol. II, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1981.

BRUNNEMANN, Johann, *Disputatio Iuridica de Venditione Ad Corpus et Ad Mensuram*, 3ª Ed., Jena, Typ. Bernhardi Helli, 1741.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. VI, 8ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2012.

_____, *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. II, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011

CALDAS AULETE, Francisco Julio, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, Vol. III, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Delta, 1964.

CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Anais da Câmara dos Deputados*.

CAMPOS TOLEDO, Antonio de, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898).

_____, Antonio de, *Da Compra e Venda de Causas Immoveis “Ad Corpus”*

e “*Ad Mensuram*”, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898).

CAPISTRANO HONÓRIO DE ABREU, José, *Capítulos de História Colonial (1500-1800)*, 7ª Ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 2000.

CARPZOV, Benedikt, *Notae & Additiones Perbreves ad Part. I & II Jurisprudentiae Forensis*, 1a Ed., Frankfurt, Sumptibus Haeraedum Willhelmstockii, 1673.

CARVALHO, Afrânio de, *A Venda de Imóvel e o Registro*, in, RDI (19-20) (1987).

_____, *Registro de Imóveis*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.

CARVALHO, José Maria de, *A Escola de Minas de Ouro Preto – O Peso da Glória*, 2ª Ed., Belo Horizonte, UFMG, 2002.

CARVALHO, José Murilo de, *A construção da ordem: A elite política imperial e O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012.

_____, *O Teatro de Sombras: A política imperial*, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012.

CARVALHO FRANCO, Maria Sylvia, *Homens livres na ordem escravocrata*, 4ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1997.

CASCELLI DE AZEVEDO, Luiz Henrique, *Prefácio*, in, *Código Civil no Debate Parlamentar – Elementos Históricos de Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, vol. I, 1ª Ed., Brasília, Edições Câmara, 2012.

CASTRO FORMIGA, Armando Soares, *Periodismo Jurídico no Brasil do Século XIX: História do Direito em Jornais e Revistas*, 1ª Ed., Curitiba, Juruá, 2010.

CIRNE LIMA, Ruy, *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*,

5ª Ed., Goiânia, Editora UFG, 2002.

CLAVERO, Bartolome, *Historia, Ciencia, Politica del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (8) (1979).

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Vol. I, 9ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1907.

COING, Helmut, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*, (187) (1901).

_____. *Diário do Congresso Nacional*, (188) (1901).

CORREA DE ANDRADE, Manuel, *A Questão do Território no Brasil*, 2ª Ed., São Paulo, Hucitec, 2004.

CORREA TELLES, José Homem, *Digesto Portuguez ou Tractado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar, e Administrar e de a Transferir por Derradeira Vontade para Servir de Subsídio ao Novo Código Civil*, vol. III, 5ª Ed., Coimbra, J. Augusto Orcel, 1860.

_____, *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal*, 2ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1824.

_____, *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1880.

_____, *Manual do Tabelião ou Ensaio de Jurisprudência Euremática*, 1ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1830.

COSTA, Pietro, *Emilio Betti: Dogmatica, Politica, Storiografia*, in, *Quaderni Fiorentini*

per la storia del pensiero giuridico moderno, (7) (1978).

COSTA PORTO, José Antonio da, *O sistema semarial no Brasil*, 1ª Ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979.

COUTO, Jorge, *A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais dos Quinhentos*, 1ª Ed., Lisboa, Cosmos, 1998.

COVARRUVIAS Y LEIVA, Diego de, *Enucleatus et Auctus Practicis in Quaestionibus*, Genebra, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1726.

DALLOZ, Desiré, *Repertoire Methodique et Alphabetique de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence em Matière de Droit Civil, Commercial, Criminel, Administratif, de Droit des Gens et de Droit Public*, Vol. XLIII, 2ª Ed., Paris, Bureau de La Jurisprudence Generale, 1858.

DE LA GRASSERIE, Raoul, *Code Civil Allemand*, 3ª Ed., Paris, Pedone, 1910.

DE SARLO, Luigi, *Indirizzi, Metodi e Tendenze dela Moderna Scienza del Diritto Romano*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, (27) (1934).

DEAN, Warren, *Latifundia and Land Policy in Nineteehth-Century Brazil*, in, *The Hispanic American Historical Review* (51) (1971).

DILKE, Oswald Ashton Wentworth, *The Roman Surveyors*, in, *Greece & Rome, Second Series*, (9) (1962).

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro – teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. 3, 22ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

DOM DUARTE, *Leal Conselheiro e Liuro da enssynança de bem cavalgar toda sella*, 1ª Ed., Lisboa, Typographia Rollandiana, 1843.

DONEAU, Hugo, *Hugonis Donellis Jurisconsulti et Antecessoris Opera Omnia* –

Commentariorum de Jure Civilis, vol. III, 1ª Ed., Florença, Ad Signum Clius, 1841.

DUBOST, Christopher, *The Elements of Commerce*, Vol. II, Londres, Knight & Compton, 1806.

ESPINOSA GOMES DA SILVA, Nuno José, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, p. 369).

FERREIRA, Waldemar Martins, *História do Direito Brasileiro*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951.

_____, *Os Lentes e Professores e suas Cathedras*, in, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (24) (1928).

FIORANELLI, Ademar, *Compra e Venda no Registro Imobiliário*, in, *Direito Registral Imobiliário*, 1ª Ed., Porto alegre, Safe, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo, *Introdução Teórica à História do Direito*, 1ª Ed., Curitiba, Juruá, 2010.

GAIOSO, José de Souza, *Compendio Histórico-Político dos Princípios da Lavoura do Maranhão, suas produções, e progressos, que tem tido até ao presente, entraves que a vão deteriorando; e meios que tem lembrado para desvanecerlos, em aumento da mesma lavoura, e sem prejuízo do real patrimônio*, 1ª Ed., Paris, P.N. Rougeron, 1818.

GARCIA GALLO, Afonso, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953).

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 2ª Ed., Lisboa, Calouste, 1995.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 24ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GOMEZ, Antonio, *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis et Regii*, Vol. II, 2ª Ed.,

Lyon, sumptibus Petri Bruyset & sociorum, 1741.

GÖSCHEL, Karl Friedrich, *Zur theologisch – juristischen Biographie und Literatur*, 2ª Ed., Schleusingen, Verlag von Konrad Clafer, 1842.

GRÓCIO, Hugo, *Introduction to Dutch Jurisprudence*, 1ª Ed., Londres, John van Voorst, 1845.

GUZMAN, Alejandro, *Ratio Scripta*, 1ª Ed., Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1981.

HEGER, Martin, *Recht im “Alten Reich” – Der Usus Modernus*, in, *ZJS* (01) (2010).

HESPANHA, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um milênio*, 1ª Ed., Mem Martins, Publicações Europa – América, 2003.

HUBER, Ulrik, *Positiones Juris Secundum Institutiones & Pandectas*, 4ª Ed., Franeker, Johannem Gyselaar, 1685.

IMPRESA NACIONAL. *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 243.

JACOPETTI DO LAGO, Ivan, *História da Publicidade Imobiliária no Brasil*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

JOHNSTON, Henry J. M, Wakefield, Edward Gibbon, in, *Dictionary of Canadian Biography*, (9) (1976).

JÖRS, Paul; KÜNKEL, Wolfgang, *Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Labor, 1966.

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, 2ª Ed., Lisboa, Calouste, 2011.

LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, Vol. XXIV, 1ª Ed., Paris, Pedone, 1877.

LAUTERBACH, Wolfgang Adam, *Collegii Theoretico-Practici a Libro Primo Pandectarum Usque ad Vigessimum*, Vol. I, 2^a Ed., Tubingen, Johannis Georgii Cottae, 1726.

LESSA, Pedro, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (16) (1898).

_____, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (17) (1898).

_____, *Da Compra e Venda de Coisas Immoveis “Ad Corpus” e “Ad Mensuram”*, in, *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo*, (18) (1898).

LEWIS, Michael Jonathan Taunton, *Surveying Instruments of Greece and Rome*, 1^a Ed, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

LIMA LOPES, José Reinaldo, *O Direito na História – Lições Introdutórias*, 3^a Ed., São Paulo, Atlas, 2009.

LOBÃO, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO, *Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos: Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, parágrafos 5 e 6 e de outras mais*, in, *Fasciculo de Dissertações Jurídico-Práticas*, vol. I, 1^a Ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1866.

LOVE, John, *Geodaesia: or the art of surveying and measuring land made easy*, 1^a Ed., Londres, John Taylor, 1688

LYONS, Henry, *Ancient Surveying Instruments*, in, *The Geographical Journal*, Londres, Blackwell Publishing, (69) (1927).

LYRA TAVARES, João de, *Apontamentos para a Historia Territorial da Parayba*, Vol. II, João Pessoa, Imprensa Oficial, 1911, p. 5).

MACEDO SOARES, Antônio José, *Tratado Juridico-Pratico da Medição e Demarcação das Terras, Tanto Particulares, Como Publicas, para uso dos juízes, advogados, escrivães, pilotos, e mais pessoal dos juízos divisórios*, 3a ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional.

MAGANZANI, Laurretta, *Arpenter la terre pour le procès: la consultation technique en droit romain*, in, *Revue internationale des droits de l'Antiquité* (53) (2006).

MANTICA, Francesco, *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus*, Vol. I, 2ª Ed., Genebra, Sumptibus Leonardi Chouet, 1680.

MARTINS JR, Isidoro, *História do Direito Nacional*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895.

MAURO, Fernando, *Portugal e Brasil: A estrutura política e econômica do império, 1580-1750*, in, *História da América Latina – América Latina colonial*, vol. I, 2ª Ed., São Paulo, Edusp, 2004.

MAYNZ, Charles, *Elements de droit romain*, Vol. I, 2a Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique s'Aug. Decq, 1859

_____, *Cours de Droit Romain*, Vol. 2, 3a Ed., Bruxelas, Librairie Polytechnique d'Aug Decq, 1870.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido, *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I*, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

MOACYR, Primitivo, *A Instrução e o Império (Subsidios para a História da Educação no Brasil) – 1823 - 1853*, 1º vol., 1ª Ed., São Paulo, companhia Editora Nacional.

MODESTO PINTO JR, Joaquim; FARIAS, Valdez, *Coletânea de Legislação e*

Jurisprudência Agrária e Correlata, V. III, 1ª Ed., Brasília, Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007.

MONIER, Raymond, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Vol. II, 4ª Ed., Paris, Domat Montchrestien, 1948.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Vol. II, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

_____, *Notas para a História da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil Brasileiro de 2002 (1969 – 1975)*, in, *Código Civil no Debate Parlamentar – Elementos Históricos de Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, vol. I, 1ª Ed., Brasília, Edições Câmara, 2012.

NOZOE, Nelson, *Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia*, in, *Revista Economia*, (07) (2006).

OLIVEIRA MARTINS, Joaquim Pedro, *Historia de Portugal*, vol. I, 4ª Ed., Lisboa, Bertrand, 1886.

ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961.

PARADISI, Bruno, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (1) (1972).

PASSOS, Edilenice; OLIVEIRA LIMA, João Alberto de, *Memória Legislativa do Código Civil – Quadro Comparativo*, Vol. I, 1ª Ed., Brasília, Senado Federal, 2012.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques, *Continência do contracto (nota)*, in, *Gazeta Jurídica : Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudência e Legislação* (17) (1877).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXIX, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

POTHIER, Robert Joseph, *Oeuvres*, Vol. III, 2a Ed., Paris, Siffrein, 1821.

POUSADA, Estevan Lo Ré, *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

POVEDA VELASCO, Ignacio Maria, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007.

_____, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, 1ª Ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002.

PRADO JR, Caio, *História Econômica do Brasil*, 1a Ed., São Paulo, Brasiliense, 2011.

PRICE, Derek John, *Medieval Land Surveying and Topographical Maps*, in, *The Geographical Journal*, (121) (1955).

RANKE, Leopold Von, *On the Character of Historical Science*, in, *The Theory and Practice of History*, edited with an introduction by Georg G. Iggers, 1a Ed., Nova Iorque, Routledge, 2011.

RAU, Virginia, *Sesmarias Medievais Portuguesas*, 1ª Ed., Lisboa, Editorial Presença, 1982.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 19ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____, *O direito como experiência*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992.

REIS MARQUES, Mario, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009.

RODRIGUES, José Honório, *Teoria da História do Brasil: Introdução Metodológica*, 3ª Ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1969.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, vol. III, 28ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

RODRIGUES ACENHEIRO, Cristóvão, *Chronicas dos Senhores Reis de Portugal*, 1ª Ed., Lisboa, Officina da Real Academia de Sciencias, 1824.

RODRIGUES FILHO, Eulampio, *Compra e Venda de Imóveis e Ação Ex empto (Estudo sobre o artigo 1.136 do Código Civil)*, 2ª Ed., São Paulo, Leud, 2000.

RODRIGUES PEREIRA, Lafayette, *Direito das Cousas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1905.

SAINT HILLAIRE, Auguste de, *Segunda viagem do Rio de Janeiro a Minas Gerais e a São Paulo (1822)*, 2ª Ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional.

SAMPAIO FERRAZ JR, Tércio, *A Ciência do Direito*, 2ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2012.

SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, Jose, *Jacobus, id quod ego*, 1ª Ed., Madri, Dykinson, 2003.

SCAFF, Fernando Campos, *Teoria Geral do Estabelecimento Agrário*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 2001.

SECRETO, Maria Veronica, *Legislação sobre terras no Brasil do oitocentos: definindo a propriedade*, in, *Raízes*, (26) (2007).

SENADO DO BRASIL, *Anais do Senado do Brasil*, Assembléia Geral Legislativa, Sessão Legislativa Ordinária, 7ª Legislatura, sessões de setembro a outubro de 1848, Senado Federal, Brasília, 1978.

SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano*, Vol. II, 2ª Ed., Bilbao, Espasa-Calpe, 1927.

SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil*, Vol. III, 4ª Ed., Rio de Janeiro,

Freitas Bastos, 1963.

_____, *Tratado dos Registros Públicos*, Vol. III, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 12ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SILVA TELLES, Paulo César, *Evolução Histórica da Engenharia no Brasil*, in, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, (397), (1997)

_____, *O início do ensino da engenharia: a Academia Real Militar; a Escola Central*, in, *Boletim da Sociedade Brasileira de Cartografia*, (50), (2003).

SOARES, Mariza de Carvalho, *Descobrimos a Guiné no Brasil Colonial*, in, *RIHGB* (161) (2000).

SOUZA LIMA, Otto de, *Teoria dos Vícios Redibitórios*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 1965, p. 151.

SYLVA, Manuel Gonçalves, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, vol.IV, 1ª Ed., Lisboa, Herdeiros de Antonio Pedroza Galvão, 1740.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1990.

TAVARES DE LYRA, Augusto, *Parecer – Arts. 1.228 a 1.324*, in, *Código Civil Brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração*, Vol. I, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Civis*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865.

_____, Augusto, *Formulário dos Contractos, Testamentos e outros Atos do Tabellionato*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1881.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1871.

TROPLONG, Raymond-Theodore, *De La Vente, ou Commentaire du Titre VI du Livre III du Code Civil*, vol. I, 4ª Ed., Paris, Charles Hingray, 1845.

VALLADÃO, Haroldo, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, Vol. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973.

VAN WETTER, Polynice Alfred Henri, *Las Obligaciones en Derecho Romano*, vol. II, 1ª Ed., Cidade do México, Imprenta El Siglo Diez y Nueve, 1904.

VIANNA, Hélio, *As Sesmarias no Brasil*, in, *Anais do II Simpósio dos Professores de História do Ensino Superior*, Curitiba, ANPUH, 1962

VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto*, Vol. III, 1ª Ed., Napoli, Achille Morelli, 1857, p. 11.

VIOTTI DA COSTA, Emilia, *Da Monarquia à República: Momentos decisivos*, 8ª Ed., São Paulo, Editora Unesp, 1998.

WALD, Arnoldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. II, 14ª Ed., São Paulo, RT, 2000.

WAKEFIELD, Edward Gibbon, *A View of the Art of colonization*, 1ª Ed., Londres, John W. Parker, 1849.

WEBB, Dominic, *Inflation: the Value of the Pound 1750-2005*, in, *House of Commons Research Papers*, (06/09) (2006).

WEHLING, Arno e Maria José C. M, *Formação do Brasil Colonial*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005.

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed., Lisboa, Calouste, 2004.

WIESE, Heike, *Numbers, Language and the Human Mind*, 1^a Ed., Cambridge, Cambridge University Press.

WITTE, John, *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in Western Tradition*, 2a Ed., Louisville, Westminster John Knox Press, 2012.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in, *Towards a European Civil Code*, 4a Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

Resumo.

A formação territorial do Brasil foi marcada por duas grandes características: a grande extensão das propriedades e a indefinição quanto aos seus limites. Se em um primeiro momento a sua aquisição se dava por concessões feitas pela Coroa Portuguesa, ou pela simples ocupação, com o passar do tempo também surgiram vendas entre os próprios particulares. Com estas características, uma questão inevitável surge já no final do século XIX na doutrina e jurisprudência brasileiras: havendo divergência entre a área tratada e a efetivamente apurada, a quem cabe a responsabilidade? O primeiro problema é o do direito aplicável: Ordenações ou Direito Subsidiário? E, neste último caso, qual seria o direito? Os Códigos Civis de 1916 e de 2002 trouxeram em seu bojo artigos tratando especificamente da questão. Contudo, permaneceram dúvidas, em especial quanto à natureza da proteção concedida às partes – chave de todo o sistema. O presente trabalho pretende demonstrar, com base em subsídios históricos, que a solução tradicionalmente adotada – a cisão das vendas entre *ad corpus* e *ad mensuram* – é inadequada, propondo um outro modo, resgatado do passado, de se compreender o tema.

Abstract.

The territorial evolution of Brazil is regarded by two important characteristics: the great extension of the land properties, and the unclear definition of its limits. At first, the acquisition of land occurred by concession of the Portuguese monarchy or simply by the territorial occupation. Later on, there would be a land trade between commoners. By the end of the nineteenth century, the characteristics of the land occupation bring about an unavoidable question to the legal thinkers and court decisions: who should be responsible in case of divergence between the contracted dimensions and the found dimensions? The first problem regards the applicable law. Portuguese "Ordenações do Reino" or the "Direito Subsidiário"? And, on the latter case, what would be the solution? The Brazilian civil codes of 1916 and 2002 brought within articles regarding the question. Nevertheless, there is still uncertainty, especially concerning the nature of the legal protection given to the parts - the key of the whole system. The aim of the present work is to demonstrate that, based on the historical facts, the solution traditionally adopted - the division of the purchasing agreements, between *ad corpus* and *ad mensuram* selling - is inappropriate. In addition, the work proposes a distinctive way of understanding the topic, based on the past.

Riassunto.

La formazione territoriale del Brasile è stata caratterizzata da due importanti profili: la grande estensione delle ferme e l'incertezza per quanto riguarda i suoi limiti . Se in un primo momento la sua acquisizione é stata tenuta da concessioni fatte dal re portoghese , o per semplice occupazione, con il passare del tempo anche emerso vendite tra individui stessi. Con queste caratteristiche , l' inevitabile domanda si pone già alla fine del secolo XIX nella dottrina e giurisprudenza brasiliane: Se c'è stato un disaccordo tra la superficie dei immobili trattata e la effettivamente tradita , chi ha la responsabilità? Il primo problema è la legge applicabile: Ordinazioni dal Regno di Portogale o il “direito subsidiário”? E, se sì , che cosa sarebbe il giusto? I codici civili del 1916 e del 2002 portarono con loro articoli che trattano specificamente la questione. Tuttavia , non sono chiari, in particolare per quanto riguarda la natura della protezione accordata alle parti - chiave per l'intero sistema . Il presente lavoro si propone di dimostrare , sulla base di contributi storici, che la soluzione tradizionalmente adottata - la scissione tra le vendite *ad corpus* e *ad mensuram* - è inadeguata, proponendo un altro modo, salvato dal passato, per comprendere l'argomento .