

Diálogos conceituais sobre propriedade e direito: um olhar para Lei da Boa Razão.

JOÃO VICTOR POLLIG*

“O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.”

J.-J. Rousseau

Introdução

Com base na célebre expressão de Rousseau “isto é meu” para referenciar a propriedade, lançamos a pergunta: como dizer a propriedade “é minha”? Atualmente recursos jurídicos são acionados para essa questão, sendo apoiado num direito regulamentado e centralizado na complexa articulação institucional Estado e Sociedade. Mas como definir isso no século XVIII?

São essas inquietações, dúvidas e reflexões que ilustram os primeiros passos de uma pesquisa, cujo horizonte parece-nos ainda longe, mas sedutor a ser alcançado. Essas interrogações não nos causa desconforto, pelo contrário. Afinal, acreditamos que um historiador numa pesquisa mais vale inúmeros problemas e perguntas do que uma única resposta como verdade absoluta.

É no limiar da fronteira entre lei e prática agrária, considerado categoricamente por E. P. Thompson de costume¹, onde procuramos nos inserir para definir a legitimidade jurídica da propriedade, nas décadas finais do setecentos nas quais os ideais iluministas, a evocação da razão e o fortalecimento do Estado arrefecem os diálogos sobre a propriedade da terra.

Em Portugal, a Academia Real de Ciências discutia a questão da fisiocracia, isto é, grosso modo, a política de valorização da terra tanto em seus termos econômicos quanto nos políticos. Vera Lúcia Ferlini destacou que “o apelo ao desenvolvimento da agricultura foi tema recorrente nas Memórias da Academia, ressaltando a necessidade de leis e procedimentos técnicos para a dinamização da agricultura.” (FERLINI, 2005: 299) Por sinal, a terra sempre foi o elemento central da economia e política portuguesa desde o germe do

* Doutorando em História pela Universidade Federal Fluminense. Bolsista CAPES.

¹ “Na interface da lei com a prática agrária, encontramos o costume. O próprio costume é a interface, pois podemos considerá-lo como práxis e igualmente como lei.” (THOMPSON, 2008: 86)

Estado, assim como de sua política de colonização. Charles Boxer enfatizou que antes e mesmo depois de se aventurarem no mar desconhecido, os portugueses tinham uma relação de dependência com a terra: “em alguns aspectos, sem dúvida o mar desempenhou um papel mais importante na história de Portugal do que qualquer outro fato isolado. Isso não significa todavia que os portugueses fossem uma raça de aventureiros homens do mar mais do que de camponeses ligados à terra.” (BOXER, 2002: 28)

A princípio o que estamos dizendo é que nessa conjuntura temporal da segunda metade do século XVIII em diante, a propriedade da terra era definida por um jogo complexo entre diferentes estratégias de legitimidade numa realidade social de pluralismo jurídico, ou em outras palavras, de múltiplas fontes de direito. Afinal, temos que ter em mente ao avançarmos na análise a ser desenvolvida a prerrogativa de que o pluralismo jurídico é o ponto chave para se entender o direito de propriedade na época moderna.

Faz-se mister deixar claro os três elementos edificantes da reflexão a ser apresentada: propriedade, direito e Lei da Boa Razão. A Lei da Boa Razão, apesar de não ser uma lei especificamente agrária, acarretou uma revisão no posicionamento – sem entrar no mérito da sua efetiva aplicação nos tribunais luso-brasileiros – dos argumentos formalizados nos disputas jurídicas do mundo rural, onde constantemente a multiplicidade das fontes de direito se faziam evidentes. Esse ponto avançaremos, mais a frente.

Por fim, consideramos propriedade e direito como dois conceitos fundamentais que devem ser definidos claramente, sobretudo por conta para os novos rumos que a história rural vem seguindo, articulando história e direito.

Renovação da História Rural

Nos últimos anos, a historiografia preocupada em discutir o mundo rural no Brasil vem crescendo vertiginosamente por uma série de fatores: diálogos com outras disciplinas acadêmicas, novos olhares sobre explicações tradicionais tidas como irrefutáveis, novos objetos de interesse, entre outros. Contudo, essa historiografia ganhou fôlego e adquiriu uma sobrevida a partir do momento da aproximação com o Direito.

Recentemente com a aproximação interdisciplinar entre História e Direito, impulsionada pelas novas perspectivas da renovada história política, o caráter jurídico do

Estado e seus instrumentos, como a lei, estão sendo resgatados em diversas pesquisas pela ótica histórica, mas ainda carecem de análises mais elaboradas e discussões mais aprofundadas.

A terra passou a ser observada historicamente além dos conjuntos explicativos da economia colonial, mas também nos conflitos jurídicos, na interface da lei com a prática agrária, parafraseando E. P. Thompson. Aliás, esse historiador britânico foi fundamental nessa renovação historiográfica que colocamos em pauta.²

Não é segredo que a história rural durante bom tempo deixou de atrair a atenção dos jovens pesquisadores em meados do século passado. Talvez pela sua metodologia de pesquisa serial vinculada a teoria da história econômica tornava-a repetitiva, cansativa e quantitativa em excesso. No entanto, essa outra perspectiva da história rural sustentada na complexa dinâmica de disputas jurídicas, jogos de interesse e estratégias de poder mostrou que o estudo do agrário não é um apêndice dos modelos explicativos econômicos e sociais da história brasileira, mas um campo fundamental a ser explorado. Maria Yedda Linhares, precursora da importância do estudo rural, desde a década de 1980 procurou provar que a história rural não é menor, mas uma forma importante e distinta para se entender o Brasil.

Portanto, a renovação da história rural ocorre em vários níveis: novos objetos e abordagens, diferentes pontos de vista e perspectivas, fortalecimento da interdisciplinaridade e revisão de conceitos. É nesse ponto que desejamos nos concentrar: *conceitos*.

Conceitos: propriedade e direito

Em trabalhos recentes viemos ressaltando a importância de definir os conceitos utilizados em qualquer estudo historiográfico, principalmente nas análises sobre o agrário. Essa preocupação que demonstramos consiste nas armadilhas que excelentes pesquisas caem por confundir conceitos. Termos como roça, posse, região e propriedade possuem denotações diferentes nos séculos XVIII e XIX, ao mesmo tempo que tem significados mais distantes ainda para o XX e XXI. Surge-nos o velho problema do anacronismo!

² THOMPSON, E. P. *Costumes em Comum: estudos sobre cultura popular tradicional*. 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2008; THOMPSON, E. P. *Senhores e Caçadores: a origem da lei negra*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Num texto passado, no qual discutimos a importância do uso dos conceitos no ensino e pesquisa de história rural, salientamos essa ideia sustentada pelas palavras do historiador francês Henri Marrou:

Então é importante salientar que um mesmo conceito, pode ter diversas possibilidades, vertentes e interpretações acerca de um único tema, e é o historiador que deve saber com que conceitos e seus respectivos valores está trabalhando, identificando se vão servir ou não para atender suas perguntas para o possível entendimento da história, por meio de uma simplificação concreta e coerente com a sua realidade estudada. Segundo Marrou, “O problema, para nós é determinar a validade destes conceitos, a sua adaptação ao real, a sua verdade donde depende, em última análise, a da história.” (POLLIG, 2012 (b): 4; MARROU, 1974: 133).

Com relação à propriedade encontramos outras indefinições na historiografia. Um problema crônico é conceber a propriedade para o século XVIII tal como é definida no XIX, com seu caráter individualista. A propriedade difere nessas duas temporalidades porque no setecentos ela deve ser percebida a luz das relações sociais, em contraponto que no oitocentos parte de princípios liberais e econômicos.

A historiadora catalã Rosa Congost, especialista em reflexões acerca da propriedade no período moderno, salienta as dificuldades que os historiadores envolvidos com a noção de propriedade tem em discernir a ideia arraigada na mentalidade contemporânea de propriedade – como tudo ligado ao ter e possuir de forma bem definida – para adentrar na própria dinâmica da época moderna: este é um passo importantíssimo a ser dado nas análises metodológicas do período moderno que “consiste em ‘liberarse’ de cualquier noción de la propiedad como una cosa dada, como una cosa bien definida” (CONGOST, 2012: s/p)

Partiremos, da noção para época moderna difundida tanto por Congost quanto por outros estudiosos do mundo rural tais como o sociólogo Rui Santos e a historiadora Márcia Motta, de que a propriedade está imersa no conjunto das relações sociais e por isso deve ser observada em consonância com diversos aspectos presentes na realidade estudada (CONGOST, 2007: 55), além da ideia de direito de propriedade como construção histórica, perpassando sobre assuntos referentes a legitimidade jurídica.

O fato de poder dizer que “a terra é minha” tinha na propriedade uma noção de “efetividade econômica sobre o bem”, “é a efetividade sobre o bem prescindindo das suas formalizações.” (GROSSI, 2006 (a): 14-15) A ideia de propriedade se materializava apenas na

atitude individual de cada proprietário, na qual a propriedade sobre a terra só adquiria uma concepção de pertencimento individual frente a conflitos entre proprietários ou em casos em que o proprietário procurava meios para garantir seu domínio, ou seja, estabelecendo estratégias que garantissem a legitimidade jurídica sobre posse da terra.

Paolo Grossi considera que a propriedade deve ser sempre analisada “no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa” (Idem: 16) e não por meio de procedimentos técnicos na relação entre homens e objetos, “porque o mundo das propriedades não é jamais um mundo de formas ressecadas em uma técnica.”(Idem: 17) A propriedade não deve ser inserida e simplificada no nível dos bens, mas no patamar da mentalidade: “a propriedade, as propriedades antes de ser paisagem são mentalidades.”(Idem: 30)

Na lógica de uma sociedade de Antigo Regime o conceito de propriedade “implicava o exercício de direitos de propriedade sobre o mesmo bem por parte de diversas pessoas ou entidades” (NETO apud MOTTA, 2007: 95) ou seja, a propriedade era definida em razão de um direito vinculado ao sentido subjetivo dado pelo indivíduo sobre uma coisa sob seu domínio. Escreve Grossi: “O homem é proprietário, não porque tenha concretamente coisas na sua posse, mas porque quer ser proprietário delas, porque tem em relação a elas uma vontade apropriativa.” (GROSSI apud HESPANHA, 2005: 83)

A propriedade nessa lógica não tem o sentido restrito da noção jurídica do pertencimento individual de uma coisa pelo homem, como passou a ser definida pela política liberal a partir do século XIX.³ Márcia Motta adverte que

“as análises sobre a posse e a propriedade daquele período [período moderno] devem procurar escapar de uma visão do passado que parte das críticas gestadas pela consolidação dos princípios liberais que fundamentaram, por sua vez, a propriedade individual, plena, garantida em toda a sua plenitude.” (MOTTA, 2011: 21)

³ Nesse momento do advento do sistema capitalista, Karl Marx considera que para se compreender a propriedade fundiária no contexto do capitalismo deve-se levar em conta o nível do investimento do capital na economia agrícola: “A abordagem da moderna forma de propriedade fundiária (...) trata-se de considerar determinadas relações de produção e de intercâmbio que se originam do investimento do capital na economia agrícola.” Ademais, para Marx, a concepção jurídica da livre propriedade do solo “só ingressa no mundo antigo à época da dissolução da ordem social orgânica e, no mundo moderno, com o desenvolvimento da produção capitalista.” (MARX, 1988: 111-112) A propriedade, então, seria apenas um modo de produção nas relações sociais próprias ao modelo capitalista, ao contrário da concepção jurídica presente nas sociedades de Antigo Regime.

Sesmarias, posses ou qualquer outro mecanismo de apropriação de terras não eram no século XVIII uma forma de acesso à propriedade, porque a propriedade não era o elemento final das relações sociais e também não era um objetivo a ser alcançado. A propriedade constituía-se pela percepção jurídica atribuída pelo indivíduo sobre a faixa de terra na qual exercia o domínio, sendo esta percepção fundada na lei, na tradição, no costume ou em qualquer outra fonte de direito presente no pluralismo jurídico do Antigo Regime.

A propriedade na época moderna era multiplicada abrindo portas para diferentes maneiras de apropriação da terra e de direitos. No século XVIII, ter a carta de sesmaria podia, e era constantemente utilizada, como uma estratégia de poder para legitimar a propriedade. Por outro lado, um roceiro sem a dita carta argumentava a manutenção constante da agricultura também para garantir sua legitimidade. Isso demonstra que a terra podia ser apropriada por diferentes indivíduos e cada um apresentar diferentes direitos para legitimar sua propriedade.

Portanto, **o direito de propriedade era definido por diferentes estratégias de legitimação**, sendo a noção de propriedade definida na relação abstrata atribuída pelo homem em relação ao seu contexto sócio-econômico e a sua vontade de exercer o domínio sobre a coisa fundamentado em um determinado direito, legitimando juridicamente esse domínio. Em outras palavras, a propriedade situada num nível de mentalidade representava o fundamento de um direito.

Qual direito? O que podemos considerar de direito nesse no setecentos?

Recentemente a historiografia trabalha com a noção de pluralismo para estabelecer os limites do direito no Antigo Regime. O direito, assim como já percebido em relação a propriedade, era constituído na dinâmica da sociedade. Ele se constitui em diversos níveis na cristalização e na materialização das relações de poder.

Temos de ter a precaução, de compreender o direito pré-oitocentista de maneira diferente do existente atualmente. Ao analisarmos o direito na época moderna, temos que ter em mente o pluralismo social existente numa sociedade de Antigo Regime com variados estatutos, costumes e práticas. O direito estabelecido pelo Estado português era uma fonte minoritária da lei, que só encontrava legitimidade para os seus pares, isto é, a lei como

expressão escrita apenas tinha aplicabilidade para aqueles que sabiam lê-la. A lei, na época moderna, como define Laura de Mello e Souza, permanecia letra morta (SOUZA, 2006: 55).⁴

Direito não era sinônimo de lei, mas a aplicação da lei. O costume, por exemplo, podia ser utilizado pelo colono para revogar a lei do rei. Dizer que alguma determinação régia não seria cumprida, porque o costume era fazer outra coisa era normal, porque costume e lei tinham a mesma força enquanto fontes do direito. O direito, no caso particular da colônia, não precisava de normas específicas para existir. O direito também podia ser delimitado somente com base no costume e na tradição.

Em contrapartida, a outra face do direito encontrava respaldo nas relações de poder da sociedade colonial, que tinha como fonte legitimadora seus próprios costumes e práticas locais: “no sistema jurídico do Antigo Regime, a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas muito mais da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou de indeterminação.” (MOTTA, 2010: 398)⁵

Segundo o jurista italiano Paolo Grossi o direito adquiriu ao longo do tempo e por algumas interpretações equivocadas do senso comum um significado de ser inalcançável, estando apenas a serviço de órgãos públicos estatais e de pessoas especializadas. (GROSSI, 2006 (b)) Ao contrário disso, o direito é gerado pela sociedade quando necessita suprir uma necessidade organizacional frente a algum problema que precisa ser solucionado. Assim, podemos concluir que o direito não é um conjunto de leis que ditam as regras de um Estado, mas um instrumento de organização, com caráter jurídico, constituído pela sociedade para criar normas que definam seus padrões e costumes, ou, em outras palavras, para atribuir ordem a uma realidade conflituosa.

Temos que convir que vivemos um direito totalmente distinto do existente na sociedade do Antigo Regime. Um direito vinculado ao Estado e a suas esferas administrativas, sistematizado em códigos e burocratizado. A lei torna-se última instância na resolução de

⁴ Ao apresentar críticas a A.M.Hespanha a respeito de um possível uso excessivo de textos jurídicos em suas pesquisas, a historiadora aponta os cuidados que devemos ter ao trabalhar com a lei. Em resposta a Laura de Mello, Hespanha afirma que a lei torna-se letra morta “em face das situações criadas pelas práticas locais.” (HESPANHA, 2007: 57).

⁵ Márcia Motta indica dois autores fundamentais para a historiografia nacional a respeito das inovações analíticas sobre o direito e a lei: E. P. Thompson, ao considerar “uma diferença entre o poder arbitrário e o domínio da lei”; e A. M. Hespanha, ao explicar o direito “pelas condições sociais de sua produção” e não pelo reducionismo teórico das explicações políticas e econômicas. (MOTTA, 2010: 394)

conflitos, árbitra e tira-dúvidas na resolução de conflitos. Quando, a lei não corresponde a necessidade de certo problema social, aqueles encarregados de lidar com a aplicação da lei despacham com base em outros artifícios jurídicos em favor de códigos e logo seus pareceres tomam forma de lei. Claro que se alguma prática social é utilizada como esse artifício jurídico, ela precisará obrigatoriamente torna-se lei para continuar a ser utilizada e valorizada nos tribunais.

Por isso ao olharmos, para o direito no setecentos cometemos os equívocos supracitados – não tão diferentes no que se refere a concepção de propriedade. Para Michel Foucault,

“temos, pois, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até os nossos dias, de um lado uma legislação, um discurso, uma organização do direito público articulados em torno do princípio da soberania do corpo social e da delegação, por cada qual, de sua soberania ao Estado.” (FOUCAULT, 1999: 44)⁶

Lei da Boa Razão e a legitimidade do direito de propriedade no século XVIII

É nesse ponto que gostaríamos de chamar a atenção para Lei da Boa Razão. A maioria dos estudos que se preocupam em fazer uma análise, mesmo que pequena, sobre a Lei da Boa Razão creditam a ela a responsabilidade pela instituição do direito português vinculado ao Estado. Ou seja, foi a partir de seu texto que foram encerradas as possibilidades da presença de outras fontes de direito, a não se a lei, como argumento jurídico nos tribunais. Outra linha explicativa, afirma que a Lei da Boa Razão só veio coroar um movimento anterior de imposição da lei como expressão máxima a ser respeitada integralmente em discordâncias jurídicas.

A Lei da Boa Razão quando foi tornada a público não tinha esta denominação, sendo conhecida apenas pelo dia de sua publicação, isto é, Lei Máxima de 18 de agosto de 1769. A Lei da Boa Razão é composta por catorze parágrafos que trazem o ponto central de reformular as estruturas jurídicas de Portugal. Seu objetivo geral é colocar as leis pátrias como sendo o

⁶ Foucault explica o princípio da soberania pela chamada Teoria da Soberania que “permite fundamentar o poder em torno da existência física do soberano (...) o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto do poder. (...) Ora, de fato, a teoria da soberania não só continuou a existir, se vocês quiserem, como ideologia do direito, mas também contribuiu a organizar os códigos jurídicos que a Europa do século XIX elaborou para si a partir dos códigos napoleônicos”, tais como Código Civil (1804), Código de Instrução Criminal (1808) e Código Penal (1810). (FOUCAULT, 1999: 43)

conjunto legislativo principal para reger Portugal em detrimento das leis romanas e outras fontes de direito, que vigoravam por um longo tempo como o corpo de leis que organizava a sociedade portuguesa.

Em partes concordamos com essas duas explicações somente no que diz respeito a vinculação do direito como extensão do Estado, mas não em estabelecê-la como um marco, seja de inauguração ou finalização de uma fase histórica. Acreditamos que a Lei da Boa Razão é um **retrato de um processo histórico de transformação na concepção do direito**, enquanto complemento e instrumento do Estado. **Significa uma representação de uma realidade** cujos preceitos do direito alinhavam-se com os instrumentos do Estado cada vez mais centralizado e, sobretudo, burocratizado.

Essa característica da Lei da Boa Razão foi formulada a luz das influências que caminhavam pelas mentalidades europeias do jusnaturalismo racionalista. O direito, com o caráter singular em oposição ao pluralismo de fontes, é uma invenção iluminista. Desse modo, o direito a serviço do Estado surge no século XVIII a partir de uma releitura acerca do direito natural – direito emanado da própria ordem equilibrada da natureza, com princípios universais e imutáveis e acima de qualquer instância criada pelo homem, tal como o Estado.

A sociedade dessa conjuntura tinha uma complexidade acentuada em virtude do pluralismo jurídico para ser gerida pelo direito natural dos homens tal qual era defendido pelos jusnaturalistas. Por influência dos jusnaturalistas (defensores da razão pela exatidão da lei), o direito natural devia ser composto por um ordenamento harmônico da sociedade. Por conta da complexidade jurídica da época que extravazava a racionalidade, na qual cada homem integrante da sociedade tinha a tendência de ter privilégios em detrimento de outrem, este ordenamento deveria ser regido por uma instituição acima da individualidade do homem: o Estado, surgido do acordo coletivo da sociedade.

Deste modo, instituiu-se uma “naturalidade forçada” ao ordenamento harmônico da sociedade: esta naturalidade jurídica deveria ser buscada e fundamentada na razão, corporificada portanto em leis. As leis eram instrumento de aplicação da razão e responsáveis pelo ordenamento social.

Sendo assim, ocorreu uma interseção entre a finalidade do Estado, enquanto organização regente da sociedade, e as leis, quanto instrumento para se buscar a ordem social.

Enfim, mesclou-se, pela vertente jusnaturalista, o Estado e o Direito, como conjunto de leis para o ordenamento da sociedade.

Em relação à propriedade, Giuliano Martignetti versa que “o jusnaturalismo a exalta como um direito fundamental, junto com a vida e a liberdade.” (MARTIGNETTI, 2000: 1034). No entanto, como vimos anteriormente, o direito de propriedade é uma construção histórica, fruto das relações sociais, ao contrário de um direito essencial e inerente ao homem como a vida e a liberdade. Rousseau, contemporâneo aos ideais jusnaturalistas e do qual foi citado no início desse texto, já apresentava opinião inversa a essa concepção. Na sua concepção, o direito de propriedade é uma convenção humana e não um estado de natureza, como percebiam os jusnaturalistas. Nesse sentido, acreditava que o estabelecimento da propriedade ocasionava conflitos e injustiças entre os homens, provocando um desequilíbrio na ordem natural do convívio social.

Mas como dirigir o olhar para Lei da Boa Razão sobre esses embates de direitos de propriedade? Consideramos ser de boa conduta, restringir esse olhar para casos específicos do Brasil na virada do século XVIII para o XIX, ainda mais pelas múltiplas formas de apropriação de terra possíveis e pelos inúmeros conflitos entre proprietários.

A regulação do sistema de direitos de propriedade começou por ser, muitas vezes, uma necessidade simplesmente ditada pelas circunstâncias da realidade colonial. Desde o final do século XVII e ao longo de todo o século XVIII, “a Coroa Portuguesa formulou uma série de normas agrárias e marcos legislativos para regulamentar o sistema fundiário próprio as condições da colônia e para fornecer uma complementação a legislação até então vigente.” (POLLIG, 2012 (a): 31) Não se pode esquecer que desde o início da colonização toda a concessão de terras era realizado pelo instituto jurídico da sesmaria chancelado pela mercê régia. Em contrapartida, com base nas práticas locais e costumes existiram diferentes formas de apropriação da terra conhecidas como posse, legitimadas por múltiplas fontes de direito.

Leis agrárias, sesmarias, costumes e posses se conflitavam, se complementavam ou se confundiam na realidade agrária da colônia. Em alguns casos, como apresentados por E. P. Thompson na Inglaterra (THOMPSON, 2008), os costumes são incorporados no texto da lei. Vejamos um exemplo: uma decisão após consulta do Conselho Ultramarino em 03.09.1746

sobre os pareceres dos Intendentes de Mariana e Rio das Mortes, na capitania de Minas Gerais, nos quais tratavam de problemas envolvendo proprietários de posses e sesmarias:

“lhe parecia se devia mandar praticar a Ordem de treze de abril de mil setecentos, e trinta e oito sem outra modificação mais do que conservarem se as pessoas que possuem as terras, que são da Coroa a vinte anos, ainda que não mostrem título, com declaração, de que esta posse não é bastante para lho dar, mas que Vossa Majestade a aprova por esta vez somente; por via de graça; e que aos mesmos possuidores, (...) se lhe devia passar carta de data das ditas terras com o teor da Ordem, por que se lhe passou; e que tão bem lhe parecia conveniente ordenar, se que se não admitirá em juízo a alegar ou posse de suas terras, pessoa alguma, que não tiver a dita carta ou sesmaria legitimamente concedida.”⁷

Podemos observar que os indivíduos que tinham posse conseguiram manter suas terras, mesmo não tendo os títulos legais das sesmarias, ou seja, isto representa a capacidade de invocar o costume da posse para tomar força de direito frente a ordem régia de 1738. Para Márcia Motta,

“a posse passou a ter aceitação jurídica, consolidando a tendência de reconhecer, no texto da lei, a existência daquele que ocupava a terra, já que os vários decretos, resoluções e alvarás sobre as sesmarias não deixavam, de uma forma ou de outra, de salvaguardar o interesse daquele que efetivamente cultivava a terra.” (MOTTA, 2009: 142)

Os proprietários com posses utilizavam vários argumentos para legitimar o direito de propriedade. Recorriam em nome do costume, a tradição, a tempos imemoriais ou a prazos de 30, 40, 50 ou mais anos, e o cultivo efetivo da terra. Outros discursos também poderiam ser utilizados, apenas apontamos os mais frequentes.

Uma das principais prerrogativas da Lei da Boa Razão trata da questão dos costumes e suas relações com as leis régias (dos costumes de maneira geral, tanto no reino quanto nas colônias, mas daremos uma ênfase àqueles voltados para o agrário). Em seu décimo quarto parágrafo ficou determinado que:

Porque a mesma Ordenação, e o mesmo Preâmbulo dela na parte em que mandou observar os estilos da Corte, e os costumes destes Reinos, se tem tomado outro

⁷ Consulta do Conselho Ultramarino sobre o que expõe os intendentes de Mariana e da Comarca do Rio das Mortes a respeito das medidas adotar com os possuidores de terras de sesmarias sem qualquer título, a fim de se evitarem grandes prejuízos. Arquivo Histórico Ultramarino. Projeto Resgate – Minas Gerais, Caixa: 46 Documento: 36.

nocivo pretexto para se fraudarem as Minhas Leis (...) E que o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras: longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar, cujas palavras Mando, que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os três essenciais requisitos: De ser conforme as mesmas boas razões, que deixo determinado, que constituam o espírito das Minhas Leis: De não ser a elas contrário em coisa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos. Todos os outros pretensos costumes, nos quais não concorrerem copulativamente todos estes três requisitos, reprovo, e declaro por corruptelas, e abusos: Proibindo, que se aleguem, ou por eles se julgue, debaixo das mesmas penas acima determinadas, não obstante todas, e quaisquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrário (Lei da Boa Razão apud TELLES, 1824: 86-87)

A primeira vista esta determinação estabelece condições muito bem definidas para a evocação de qualquer costume. Uma determinação claramente com o objetivo de impedir a utilização dos costumes frente as ordens formalizadas em texto de lei. Cabe ressaltar que uma das principais características do costume é se perpetuar através do tempo por meio da tradição oral, de normas sociológicas não escritas. Thompson ao comparar o costume com a lei, diz que “em condições comuns, o costume era menos exato: dependia da renovação contínua das tradições orais.” (THOMPSON, 2008: 87) Mas como de “costume”, já que toda lei é passível de interpretação desde “tempos imemoriais”, lançamos um problema para ser discutido a um dos três requisitos para a validação do costume. Então como estabelecer a exata datação superior de cem anos para qualquer costume?

Esta pergunta perpassa por outra mais ampla: como ocorreu a aplicação da Lei da Boa Razão nos tribunais luso-brasileiros e suas implicações nos conflitos de legitimação do direito de propriedade? Ainda não temos respostas consistentes para ela em virtude do estágio inicial da pesquisa. Porém de todo modo, vale apresentar alguns dados curiosos.

Num processo apresentado por Arno Wehling (WEHLING, 1995: 241-242) datado de 1789, Estevão da Silva Monteiro move uma ação contra o capitão Manuel Rodrigues de Barros, para devolução de três porções de terra. Ao ser convocado para depoimento junto de sua mulher, o capitão Manuel alegando impedimentos pede que seja tudo feito em sua residência. Seu pedido fora aceito, mas desde que arcasse com os custos. Seu advogado logo entrou com recurso para impedir tal despesa e conseguiu reverter a decisão anterior com base

numa interpretação da Lei da Boa Razão, sobretudo dos parágrafos 10 e 11. Por tal manobra jurídica, as despesas do depoimento foram transferidas para o autor da ação.

No levantamento de registros de cartas de sesmarias no Vale do Tocantins colonial, realizado pela professora Maria Angelo-Menezes (ANGELO-MENEZES, 2000), selecionamos 93 documentos datados entre 1781-1824. Desse conjunto, somente 14 – ou aproximadamente 15% - utilizam o argumento do costume da posse e do cultivo efetivo como forma de solicitar a concessão régia do título das terras já ocupadas. Observamos o seguinte caso a fim de exemplificar a presença do costume em busca de legitimação da propriedade:

“O governador e capitão general do Estado do Grão-Pará participa que concedeu, à João d’Andrade, 250 braças de terras de frente por um quarto de légua de fundos na ‘situação denominada Jequeri’. O beneficiado é estabelecido nos distritos da vila de Cameté e a mais de 30 anos está de posse da dita ‘situação’, porém, não possui título algum. Lá se encontra formada uma boa fazenda com diversas plantações temporárias, além das de café e cacau, bem como uma criação de gado de diferentes qualidades. O referido João d’Andrade tem escravatura suficiente, além de outras forças, para manter a cultura das ditas terras. Belém do Grão-Pará, 21 de outubro de 1807.” (Livro de Sesmarias, nº20, p. 40 (verso) apud ANGELO-MENEZES, 2000: 85) (grifo meu).

Destaca-se que o proprietário João d’Andrade marca claramente o tempo do costume de sua posse em 30 anos, sendo está sem título jurídico legal nenhum, isto é, a sesmaria. Logo, encontramos uma sobreposição a determinação da Lei da Boa Razão a respeito dos costumes serem válidos somente aqueles acima de cem anos. Em seguida, outro argumento com base em costumes para validar sua posse da terra: o cultivo efetivo, quando diz que tem “formada uma boa fazenda” e tem meios “para manter a cultura das ditas terras.” Em suma, apenas num registro de carta de sesmaria, nota-se dois argumentos para legitimação da propriedade sem que estejam previstos no texto de lei, mas no costume.

Caso de legitimação do direito de propriedade pelo cultivo ocorre a Domingos Antonio Gemaque de Albuquerque em 24 de dezembro de 1823, no Belém do Grão-Pará, ao registrar sua carta de sesmaria: “essas terras foram concedidas porque **o beneficiado já estava estabelecido nelas com culturas rurais** mais não possuía título algum.” (Livro de Sesmarias, nº20, p. 150 (verso) apud Idem: 88) (grifo meu)

No restante das concessões os requerentes reclamavam que não tinham terras ou não tinham terras próprias para estabelecer lavoura, apesar de terem escravos para criar fazendas agrícolas e pecuárias.

Por outro lado, se olharmos as apropriações de terras na capitania de Minas Gérias nesse período, sobretudo na Comarca do Rio das Mortes, a maior parcela da construção da legitimidade do direito de propriedade por parte dos posseiros mantinha-se baseado no costume do cultivo e antiguidade da ocupação nas terras. Cabe ressaltar que estes indícios da presença do costume, da prática local de apropriação sobrepondo a lei ou não, variava de acordo com a particularidade de cada região colonial.

Considerações finais

O fato de dizer “isto é meu” para o pedaço de terra, tal como ilustrado por Rousseau ao apresentar sua concepção sobre o germe da sociedade civil, na realidade colonial de apropriação agrária vai muito além de uma cerca, do interesse do proprietário ou da concordância das demais pessoas. A definição de “a terra é minha” passa por assuntos de caráter mais retórico e teórico, como a busca pela construção da legitimidade do direito de propriedade.

Direito e propriedade. Conceitos tão próximos de nós, entremeados no nosso dia a dia, mas ao mesmo tempo tão distantes do ponto de vista histórico, em decorrência da diferença de concepções que tiveram, adquiriram ou perderam ao longo de um processo de redefinições sociais e jurídicas. Por isso, ao olhar para objetos de cunho agrário devemos parar e repensar esses conceitos, sobretudo a partir das recentes abordagens de História do meio rural, envolvidos com conflitos agrários, disputas de legitimidade, estratégias de poder e garantias jurídicas sobre o domínio da terra.

É nesse sentido de parar e repensar os conceitos que justificamos a importância de todas as reflexões, discussões e exposições realizadas nesse estudo. No entrecruzamento entre teoria e empiria, chamar a atenção para precauções a serem tomadas a fim de evitar equívocos

ao tratar do mundo rural – tão importante para a compreensão da história do Brasil e do império ultramarino português.

Tendo ciência que o direito sobre a propriedade no Brasil era dinamizado juridicamente por múltiplas fontes e complexas noções de direito consideramos ser importante olhar para a Lei da Boa Razão mais pormenorizadamente, afinal essa lei consiste no nosso objeto central de estudos atualmente.

Apesar de parecer que analisar a Lei da Boa Razão trate de forma tangencial a questão do direito sobre a propriedade, na verdade o intuito é apresentar um importante elemento, pouco abordado, que esperamos levar a trilhar um novo caminho resultando numa rica discussão sobre a transformação do direito que impactou as definições jurídicas da propriedade da terra, como por exemplo, estipular os limites para a legitimação pelo costume. Numa realidade colonial onde se tem consideráveis embates entre costumes, práticas locais de apropriação, múltiplas interpretações e o próprio cumprimento íntegro do texto da lei, não seria interessante estudar uma lei que aborda de maneira direta, mesmo que não especificamente assuntos agrários, o emprego dos costumes e das ordens régias na realidade da época?

Fontes Impressas

- Lei da Boa Razão - TELLES, José Homem Correia. **Commentario critico a Lei da Boa Razão**. Lisboa: Typografia de M. P. de Lacerda, 1824.
- Registros de cartas de sesmarias do Vale do Tocantins Colonial – ANGELO-MENEZES, Maria de Nazaré. **Cartas de datas de sesmarias – Uma leitura dos componentes mão-de-obra e sistema agroextrativista do Vale do Tocantins colonial**. Paper do NAEA, n. 151, junho de 2010.

Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. “Primeira parte: O modelo jusnaturalista”, p. 13-100. In: **Estado e sociedade na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- BOXER, Charles. **O império marítimo português 1415-1825**. Trad. Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

- CONGOST, Rosa. **Tierras, Leyes, Historia. Estudios sobre La gran obra de La propiedad.** Barcelona: Critica, 2007.
- _____. **Sagrada propiedad imperfecta. Otra visión de la revolución liberal española.** Revista de História Agrária. SEHA, nº 20, abril/2000, pp. 61-93.
- _____. **¿Qué es la propiedad en la época moderna?.** Texto de apresentação no IV Encontro de História Colonial. Belém, 2012.
- FERLINI, Vera Lúcia A. “A questão agrária no pensamento reformista luso-brasileiro do século XVIII”, p. 297-307. In: BICALHO, M. F.; FERLINI, V. L. (Orgs.) **Modos de governar: ideias e práticas políticas no império português – século XVI-XIX.** São Paulo: Alameda, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Curso de Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios.** Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. (a)
- _____. **Primeira lição sobre direito.** Trad.: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (b)
- HESPANHA, A. M. **Direito Luso-Brasileiro no Antigo Regime.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- _____. **Depois do Leviathan** In: Revista Almanack Braziliense, São Paulo, n.05, maio 2007.
- MARROU, Henri I. **Do Conhecimento Histórico.** 3 ed. Lisboa: Editora Pedagógica Universitária, 1974.
- MARTIGNETTI, Giuliano. “Verbete: Propriedade”, p.1021-1035 In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 5 ed., Brasília: Imprensa Oficial, 2000.
- MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política.** Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 3. ed. vol. V. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- MOTTA, Márcia. “Das discussões sobre posse e propriedade da terra na história moderna: velhas e novas ilações”, p. 19-45. In: MOTTA, M. M.; SECRETO, Maria V. (Orgs.) **O**

direito às avessas: por uma história social da propriedade. Guarapuava: Unicentro; Niterói: EdUFF, 2011.

- _____. “Justiças e direitos na colônia: algumas considerações preliminares.” p. 393-401. In: MARTINS, I.; MOTTA, M. **1808 – A corte no Brasil.** Niterói: Editora da UFF, 2010.

- _____. **Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito 1795-1824.** São Paulo: Alameda, 2009.

- NETO, Margarida Sobral. “Propriedade e renda fundiária em Portugal na Idade Moderna”, p.13-30. In: MOTTA, Márcia M . M. (Org.) **Terras lusas: a questão agrária em Portugal.** Niterói: EdUFF, 2007.

- POLLIG, João Victor. **Apropriação de terras no Caminho Novo.** Dissertação de Mestrado. UNIRIO: Rio de Janeiro, 2012. (a)

- _____. **O uso dos conceitos no ensino e pesquisa de história rural.** Anais do XV Encontro Regional de História: Rio de Janeiro, 2012. (b)

- ROUSSEAU, J.-J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- SOUZA, Laura de Mello e. **O Sol e a Sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- THOMPSON, E. P. **Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional.** Trad. Rosaura Eichenberg. 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

- _____. **Senhores e Caçadores: a origem da lei negra.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

- WEHLING, Arno. Cultura jurídica e julgados do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a lei da Boa Razão. In: SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Cultura portuguesa na Terra de Santa Cruz.** Lisboa: Estampa, 1995.