

O DIREITO SUCESSÓRIO LUSO-BRASILEIRO E O ACESSO DA MULHER A PROPRIEDADE.

Eleide Abril Gordon Findlay

Univille/SC

efindlay@terra.com.br

Introdução

Nesse artigo se pretende apresentar como o ordenamento jurídico luso-brasileiro, mais precisamente, o direito sucessório desde o período colonial, estruturou e normatizou as relações familiares, e o acesso ao patrimônio constituído através da partilha dos bens.

Para que a compreensão das possibilidades da mulher se tornar proprietária de terras no transcorrer do século XVIII ao início do século XX, de imediato se impõe a convicção de que apesar das especificidades das histórias e vivências dos diferentes atores sociais de cada localidade, no mundo rural nacional um aspecto se destaca no processo, qual seja a invisibilidade do gênero feminino. A literatura tem demonstrado que desde o período colonial a principal forma de acesso à propriedade da terra pela mulher tem sido através de herança de conjugue, pais ou avós.

Nesse sentido, para a elucidação da temática se privilegiará a análise do direito sucessório no ordenamento jurídico luso-brasileiro, visando contribuir para a superação da ausência de estudos sobre a mulher e o seu acesso à propriedade da terra, Para tanto, o estudo do ordenamento jurídico português e brasileiro, especificamente sobre os direitos sucessórios e a mulher, durante o século XIX e o início do século XX, se constituirá de fundamental importância, na medida em que até a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, foram as Ordenações Filipinas que regulamentaram a temática.

Em diversos estudos que realizei sobre o processo de ocupação territorial, e conseqüentemente, da formação do patrimônio territorial da região da baía da Babitonga, nordeste do litoral catarinense, pude analisar as múltiplas vertentes que se

entrecruzam e dialogam com a temática. Nesse texto não pretendo discutir as parcerias entre história, geografia, economia e antropologia, posto que o objetivo principal seja analisar a parceria entre a história e o direito, visando identificar como o ordenamento jurídico contribuiu para o acesso da mulher a propriedade da terra em relação a propriedade da terra.

A parceria entre História e Direito tem contribuído para a reflexão e interpretação historiográfica. No entanto, o disposto no ordenamento jurídico não pode ser considerado isoladamente do contexto histórico da elaboração da legislação, bem como com as da realidade social existente.

1- O direito sucessório luso-brasileiro

Compreender as formas possíveis de acesso à propriedade disponibilizada as mulheres pelo ordenamento jurídico no transcorrer do processo de formação do patrimônio territorial da região da baía da Babitonga, pressupõe dialogar com diferentes autores em relação ao conceito de propriedade. De imediato, a concepção de Rosa Congost (2007) se impõe no sentido de considerar a propriedade- realidade histórica, e a introdução de uma ideia de propriedade como obra, porém, como obra em continua construção. Para a autora os direitos de propriedade, são produto e fator das relações sociais, e a realidade social pode se impor frente aos ditames do Estado, e criar as condições de um enfretamento ou mesmo de contestação às determinações governamentais. E principalmente que a realidade social pode produzir novas situações e expectativas. (Congost, 2007, p 21).

O historiador e jurista António Manuel Hespanha sinaliza para a relação entre homem e coisas, como sendo uma relação sobre poder e domínio. Para o autor

Daí que o conceito de domínio, como faculdade de uso, fosse muito geral, abrangendo tanto vários direitos de gozo sobre coisas (propriedade, usufruto, hipoteca, servidões, etc.), como direitos sobre pessoas (nomeadamente a jurisdição) (HESPANHA, 2005 p, 78)

A relação entre o homem e as coisas para Paolo Grossi tem que ser entendida pelos historiadores do direito no sentido de que “para ele ‘propriedade’ deve ser somente um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao

problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem”, e, esclarece que tal posicionamento se constitui na “resposta á questão central sobre a consistência mínima do ‘meu’ jurídico” (GROSSI, 2006, p.05)

Com o surgimento da concepção de propriedade moderna liberal, aquela individualista e potestativa consolida-se um conceito de “propriedade-plena, absoluta, e, portanto perfeita”, em oposição “a propriedade dividida, compartilhada, e, portanto imperfeita- das sociedades do Antigo Regime”. (CONGOST, 2007, p 122),

Nas palavras de Grossi

[...] A propriedade dos juristas é um *quid* qualitativamente diferente não porque os juristas o pensam diferente mas porque colhem do nó emaranhado e complicado da propriedade somente certos aspectos que não outros; a propriedade dos juristas é sobretudo poder *sobre* a coisa, enquanto a propriedade dos economistas é sobretudo riqueza, renda *da* coisa.(GROSSI, 2006, p 25)

A concepção liberal de propriedade que irá sustentar os ordenamentos jurídicos, de acordo com Hespanha, teve o Code Civil de 1804 como parâmetro, posto que estabelecesse “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, sem poder fazer o que a lei ou os regulamentos proíbem”. Segundo Hespanha, o *Code Civil* “... constitui um emblema do conceito moderno (individualista, burguês, capitalista) da propriedade, sobretudo porque nele se costuma destacar o carácter absoluto e pleno dos poderes do proprietário” (HESPANHA, 2005, p 87).

Por obvio a que a referência a conceituação de propriedade é uma imposição para que se adentre na análise da ordem jurídica relacionada à herança, e para tanto, se impõem os ditames do direito sucessório, e em decorrência do período estudado na pesquisa (séculos XIX-XX), se faz necessário identificar as normas legais que regulamentavam o direito de herança no mundo luso-brasileiro.

Antônio Santos Justo (2008) afirma que a influencia do direito luso na formação do direito brasileiro teve inicio quando a armada portuguesa chegou a Terra de Vera Cruz, e a partir dai “o Direito Português penetrou no Brasil, onde, durante vários séculos, teve vigência”, e complementa que “conserva uma influência particularmente importante que permite afirmar, sem a mínima ousadia, que partilhamos Portugueses e Brasileiros, do mesmo

direito: o direito luso-brasileiro” (2008, p.01). Em relação a essa posição de Justo convém destacar as palavras de Martins Junior (1941).

O português entrou para o Brasil, pela porta do tratado de Tordesilhas, na qualidade de senhor, de dono, de proprietário. Instalando-se em sua nova possessão e tendo de realizar vis-a-vis do selvagem o processo de luta social a que Novicow chama de eliminação biológica, ele trouxe à terra descoberta, e para seu uso, toda sua bagagem legislativa, como trouxe os seus costumes, os seus escravos, as suas roupas e joias. Transportava-se para cá um pedaço da nacionalidade português; era natural que viessem com ele as leis respectivas, como parte que eram do patrimônio moral da metrópole. (Apud GOMES.,p07)

No Brasil, desde o período colonial até a promulgação do Código Civil de 1916, o ordenamento jurídico que normatizou a transmissão de patrimônio foram as Ordenações. Inicialmente, sob a égide das Ordenações Manuelinas, e posteriormente, predominou as Ordenações Filipinas, em 1603, até a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro. Premente ressaltar que, apesar da imposição do ordenamento legal da Metrópole à colônia brasileira, a distancia e, principalmente a dificuldade na fiscalização do cumprimento da norma legal, os denominados direitos locais conviveram com o direito luso, isto, quando não o ignoraram totalmente.

Em terras brasileiras as Ordenações Filipinas tiveram uma longevidade maior do que em terras lusa, posto que, em 1867, Portugal aprovou seu Código Civil. Na realidade ainda durante 50 anos o Brasil concebeu com as Ordenações Filipinas, ate que em 1916 passou a ter o seu próprio Código Civil. De acordo com Orlando Gomes (1941), as Ordenações Filipinas só sobreviveram na parte relativa ao Direito Civil. Portanto, até o advento do Código Civil (1916) o direito de família seguia o estabelecido no direito luso.

A partir do direito de família se poderá entender a posição da mulher em relação ao casamento e, principalmente, na partilha dos bens que será regulamentada pelo direito de sucessões. Na obra de San Tiago Dantas, revista e atualizada por Bezerra e Barros (1991), tem-se que o direito de família português se constituiu sob as influencias dos direitos Romano, Direito Canônico e o Direito Bárbaro (visigodos). Nas Ordenações Filipinas, em seu texto relativo ao Direito de Família, se depreende que o antigo direito português reconhecia três formas de casamento, a saber: 1) a canônica , segundo os preceitos estabelecidos pela Igreja, com os esposos presentes; 2) “marido

conhecido”, perante testemunhas, mas não na igreja e 3) morganheira ou de “marido desconhecido”, semelhante ao concubinato. (DANTAS, 1991, p.66)

Em relação ao casamento e o direito de propriedade da esposa o regime jurídico de propriedade era de comunhão total de bens de acordo com o livro IV das Ordenações Filipinas, em seu título 96 que estabelece como fica a mulher em posse e cabeça de casal por morte de seu marido, sendo a mulher feita meeira em todos os bens que são de ambos. No documento legal existe uma observação ressaltando que tal expressão- como fica a mulher em posse e cabeça de casal- só se aplicava as viúvas.

Apesar da longevidade das Ordenações, conforme nos alerta Dantas (1991), enquanto inexistia um Código Civil brasileiro, muitas modificações foram dando um caráter mais local às instituições familiares. Destacam-se

- a) Lei de 6 de outubro de 1784, por exemplo, foi uma lei que disciplinou a matéria dos sponsais. Nela se exigiu a escritura pública para validade de contrato, e aos pactos antenupciais;
- b) Lei de 29 de novembro de 1775. Relacionada ao consentimento paterno para a realização de casamento ou estipulação de sponsais.
- c) Decreto de 3 de novembro de 1827 que reconhecia a jurisdição eclesiástica para tudo que dizia respeito à celebração e dissolução do casamento;
- d) Decreto 2 de setembro de 1847 , diz respeito aos direitos do filho natural. Estabelece que os filhos naturais só possam concorrer à sucessão com os filhos legítimos os naturais que tenham sido reconhecidos antes do casamento;
- e) Em 1857 todo o direito sobre a família foi recolhido num corpo único pela Consolidação das Leis Civis, feita por Teixeira de Freitas;
- f) Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Tem-se este decreto como da lavra de Rui Barbosa. É o ato que introduziu no Brasil o casamento civil;
- g) Decreto nº 521, de 26 de junho, o qual proíbe a celebração do casamento religioso antes do civil, e pune com prisão e multa o sacerdote que infringir a norma. (DANTAS, 1991, p.72)

O Código Civil brasileiro de 1916 destacou com mais abrangência o direito da família e a sucessão. Para os propósitos desse trabalho se destacará somente os artigos mais significativos para o entendimento da situação da mulher na família e sucessão, são eles:

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos;

Art. 230. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.

Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal (art. 233, IV, e 234);

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

Art. 232. Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:

I - na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;

II - na obrigação de cumprir as promessas, que lhe fez, no contrato antenupcial (arts. 256 e 312).

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)

Art. 234. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.

Para Orlando Gomes (2003) o Código, notadamente em relação ao direito de família, incorporou princípios morais característicos do “sentimentalismo” próprio do temperamento brasileiro. E ao discorrer sobre o direito de família no Código destacou:

Para o casamento dos menores de vinte e um anos, exige o consentimento de ambos os pais, mas, discordando entre si, manda que prevaleça a vontade paterna. O marido é o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe administrar os bens particulares da mulher, fixar e mudar o domicílio da família, e autorizar a profissão da esposa. O Juiz pode ordenar a separação dos filhos de mãe que contrai novas núpcias, se provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente. A mãe binuba perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder. . O direito de nomear tutor compete ao pai. Consagra-se, assim, a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal. (GOMES, 1991, p.15)

Quando analisa o direito hereditário, ou sucessório, afirma o autor ser aberrante a preocupação da manutenção da estabilidade familiar, posto que para a conservação do patrimônio acumulado pelo chefe da família, e a proteção dos filhos, “confere ao

testador o direito incondicionado de gravar os bens dos herdeiros, mesmo os que constituem a legítima, com a cláusula de inalienabilidade vitalícia.” (GOMES, 1991, p.17). Em relação ao direito de testar, ressalta que se impôs a limitação quanto ao direito dos herdeiros necessários, que tem direito a metade do patrimônio hereditário.

Com se pode constatar desde o período colonial até a promulgação do Código Civil brasileiro, em 1916, portanto, já período republicano, as mulheres tinham direito à propriedade, contudo as tradições e práticas sociais, geralmente se sobrepunham ao ordenamento legal. Na vida cotidiana o acesso das mulheres à propriedade estava condicionado ao poder masculino, pois como alertam Melo e Marques, “Solteiras, esposas e, mesmo viúvas, dependiam de que não houvesse oposição de parentes do sexo masculino, ou do juiz de órfãos da localidade, para usufruir do patrimônio”. (Web, p3)

2-A mulher e a propriedade da terra no período colonial e imperial brasileiro

O acesso à terra na região de São Francisco do Sul assemelhou-se ao restante do país, isto é, os atores sociais que se dirigiram a região nordeste do litoral catarinense, tiveram a possibilidade de ter uma data de terra, ou pedaço de terra, através dos mesmos procedimentos disponibilizados em âmbito nacional: concessão de sesmaria, posse, obtenção de terra devoluta governamental e de por título enfiteutico, ou aforamento, de terras do patrimônio público.

Os primeiros povoadores que se estabeleceram na localidade vinham acompanhados de suas famílias e escravaria. Evidentemente, aqueles que formariam o grupo econômico e político que daria origem a elite senhorial local, por decerto não necessitavam recorrer ao auxílio das esposas para as atividades produtivas. Já que, conforme informa Ricardo Costa de Oliveira (2007, p 130) em documento datado de 1781, no qual se encontra uma listagem com quarenta e cinco nomes dos “homens bons”, ou seja, indivíduos que tinham sido, eram ou poderiam ser da governança do poder local. De acordo com o autor dos 45 ‘homens bons’ listados, 20 constavam como parentes, e, ainda ressalta o fato de serem 45 pessoas em um total de uma população de aproximadamente 4.000 habitantes em 1781, especificamente em São Francisco do Sul. As famílias desses ‘homens bons’ desenvolveram intensa estrutura de parentesco e de

poder político. Tendo como característica casamentos endogâmicos entre si e, sendo seus descendentes parentes entre si. Nesse sentido as relações de parentesco prevalentes na sociedade são importantes indicativos do acesso à propriedade da terra pela mulher.

As diferenças de gênero relativas ao direito de propriedade são construídas dentro das próprias famílias, ao se distinguir as normas de herança para cônjuges e filhos. A historiografia de gênero nacional tem se debruçado na questão notadamente na história social, entretanto, aqui se busca entender a questão da propriedade fundiária na perspectiva da história econômica aliada a história jurídica.

Como um dos objetivos desse texto é também demonstrar a invisibilidade do gênero feminino como titular de carta de datas de terras, ou da concessão de terrenos pertencentes ao patrimônio público, é importante que se tenha em mente as características das sociedades, do período colonial e imperial, ou pré-industrial, com uma economia assentada na atividade agrícola. Tomando as palavras de Hobsbawm (1988), em sua obra *Era dos Impérios*, é forçoso que se entenda que não se pode entendê-las inteiramente repetitivas, afinal, mesmo dentro das condições gerais, existem as especificidades construídas pelas histórias e vivências dos diferentes atores sociais que compunham o conjunto da sociedade.

De acordo com Hobsbawm, apesar das mudanças ocorridas nas zonas “desenvolvidas” do mundo no século XIX, as mulheres das zonas rurais não sentiram tal modificação. Nas palavras de Hobsbawm,

O que caracterizava sua vida era a impossibilidade de separar as funções familiares e o trabalho. Estas eram levadas a efeito num único ambiente, no qual a maior parte dos homens e mulheres realizavam suas tarefas sexualmente diferenciadas — tanto naquilo que hoje consideramos “casa” como na “produção”. Os agricultores precisavam das esposas para o trabalho da fazenda, bem como para cozinhar e criar os filhos; (HOBSBAWM, 1988, p174)

As organizações de parentesco foram analisadas por Oliveira, Silva e Gomes (2016) quando buscaram compreender a transmissão de herança e relações de gênero, e nesse sentido, ressaltaram a importância de se identificar se as relações de parentescos são organizadas unilinearmente ou bilinearmente, já que a descendência influi na transmissão da herança. No Brasil, tem-se a seguinte organização:

[..] nos sistemas de parentesco bilineares proporcionam mais igualdade a ambas as linhas de descendência, ou seja, os indivíduos não são identificados por uma linhagem específica, mas têm a sua própria, a família individual. Ademais, os sistemas de parentesco bilineares não precisam de regras de inclusão, porque as linhagens da descendência não são abandonadas e, desta forma, os descendentes de ambos os sexos não perdem direitos à herança. (OLIVEIRA, SILVA, GOMES, 2016, p 393).

As pesquisas de Carmem Diana Deere e Magdalena León visando delinear as diferenças de gênero em relação a bens, mais especificamente a relativa à propriedade fundiária na América Latina, indicam que,

A herança bilateral é caracterizada pelo fato de filhos de ambos os sexos herdarem de ambos os pais; assim, pressupõe que as mulheres sejam donas de e herdem propriedades que elas podem transmitir aos seus filhos. Segundo a tradição jurídica luso-hispânica, a herança também era bilateral, todos os filhos, de não importa qual sexo herdavam partes aproximadamente iguais do espólio de cada um dos pais. (DEERE, LÉON, 2003, p.102).

Entretanto, conforme os dados obtidos pelas estudiosas a diferença de gênero se apresenta quando se refere à questão da propriedade fundiária. E atribuem tal situação a cinco fatores: preferência dada aos homens na herança; privilégio masculino no casamento; viés masculino tanto nos programas comunitários como em programas estatais de distribuição de terras; e viés de gênero no mercado fundiário. (DEERE, LÉON, 2003, p.102).

Consoante com as discussões empreendidas na literatura que embasaram as discussões aqui elaboradas, a situação das mulheres em relação ao acesso à propriedade da terra, durante o final do século XIX e início do século XX, ocorre de maneira geral por herança do conjugue, pais ou avós.

Dessa forma, quando se pensa a condição da mulher como proprietária de terra, tem-se claro que apesar do ordenamento jurídico, a realidade social indica que sua situação de herdeira pode significar uma divisão desigual na partilha.

Considerações Finais

A literatura tem demonstrado que desde o período colonial a principal forma de acesso à propriedade da terra pela mulher tem sido através de herança de conjugue, pais ou avós.

Para deslindar o acesso da mulher à propriedade da terra se privilegiou a análise do direito sucessório no ordenamento jurídico luso-brasileiro, visando contribuir para a superação da ausência de estudos sobre a mulher e o seu acesso à propriedade da terra na região da baía da Babitonga situada no nordeste do litoral catarinense.

O estudo do ordenamento jurídico português e brasileiro, especificamente sobre os direitos sucessórios e a mulher, durante o século XIX e o início do século XX, se constituíram de fundamental importância, na medida em que até a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, foram as Ordenações Filipinas que regulamentaram a temática. E o que se constatou foi a prevalência do poderio masculino nas relações normatizadas pelo Direito de família e sucessório.

A parceria entre História e Direito tem contribuído para a reflexão e interpretação historiográfica. No entanto, o disposto no ordenamento jurídico não pode ser considerado isoladamente do contexto histórico da elaboração da legislação, bem como da realidade social existente. Para além do determinado nas normas jurídicas, é primordial confrontar a legislação com as práticas sociais relatadas pela historiografia. Finalmente, mas não mesmo importante, ter sempre como elemento norteador de toda pesquisa que envolvam a parceria entre história e direito as sábias orientações de Rosa Congost (2006) de que,

El estudio de las condiciones de realización de la propiedad tiene que contemplar nuevas hipótesis de trabajo, que admitan el dinamismo social de la propiedad, inherente a cualquier sociedad, experimente o no cambios económicos, así como la complejidad de las relaciones entre el Estado (dinámico) y este otro dinamismo. (2006, p.21)

Para novas pesquisas relativas ao acesso da mulher à propriedade da terra rural se deverá considerar que, para além das questões que envolvam as questões relativas a

ordem jurídica, devem contemplar, também, a história social, a economia e a antropologia.

Referências

BRASIL.. *LEI Nº 3.071*, de 1º de Janeiro 1916. Código Civil. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/573283>. Acesso out 2018.

CONGOST, Rosa. *Tierras, Leyes, Historia: Estudios sobre “La Gran Obra de la Propiedad”*. Barcelona: Crítica, 2006.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2.ed .Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DEERE, Carmem Diana, LÉON, Magdalena. Diferenças de gênero em relação a bens: a propriedade fundiária na América Latina. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, nº 10, jul/dez 2003, p. 100-153

JUSTO, António Santos. *A influência do direito português na formação do direito brasileiro*. Disponível em <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/download/217/241/>. Acesso em 20 fev 2019.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *Direito luso-brasileiro no antigo régime*. Florianópolis: Boiteux, 2005

HOBBSAWAM, Eric J.A *Era dos Impérios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

MELO, Hildete Pereira. MARQUES, Teresa Cristina. *A partilha da riqueza na ordem patriarcal*. Disponível em <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101222.pdf>. Acesso em 10 set 2018.

OLIVEIRA, Márcia Botelho de, SILVA, Neuza Maria, GOMES, Maria Carmem Aires. Transmissão de herança e relações de gênero: notas para um roteiro de compreensão. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 16, n. 2, p. 391-409, jul./dez. 2016

ANPUH-Brasil – 30º SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – Recife, 2019

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. “Homens Bons” da Vila de Nossa Senhora da Graça do Rio de São Francisco do Sul. Uma “Elite Senhorial” do Brasil Meridional nos séculos XVIII e XIX. *Revista do Arquivo Histórico de Joinville*. v,1,n.1,p.127-154,2007.