

A POSSE DA TERRA SEM TÍTULO E SEU TRATAMENTO JURÍDICO DURANTE A COLONIZAÇÃO E IMPÉRIO DO BRASIL

LA POSSESSION DE LA TERRE ET SON TRAITEMENT JURIDIQUE PENDANT LA COLONISATION ET EMPIRE DU BRÉSIL

João da Cruz Gonçalves Neto*
Wendel Rosa Borges**

Resumo

O presente trabalho científico propõe-se a abordar o tratamento jurídico da posse da terra desde a colonização a até meados do Império do Brasil, especificamente, com a tese de que o sistema colonial de sesmarias não estimulava o latifúndio, mas, ao contrário, buscava organizar a distribuição da terra nas regiões de povoamento adensado e condicionava o domínio ao efetivo aproveitamento do solo (um esboço da exigência de cumprimento da função social); havendo disposições legais a esse respeito. Ademais, em razão das configurações distintas da metrópole e da colônia, o instituto, no Brasil, importou somente numa concessão de privilégios de exclusividade, não cerceando, contudo, a ocupação de terras pelos colonos, havendo larga ocorrência de posses produtivas.

Palavras-chave: Sesmaria. Posse. Latifúndio. Aproveitamento. Função social.

Resumé

Ce travail scientifique est proposé d'aborder le traitement juridique de la possession des terrains depuis la colonisation jusqu'au milieu de l'Empire du Brésil, plus précisément avec la thèse, selon laquelle, le système colonial de concessions de terres n'a pas stimulé les grands domaines, mais au contraire, il a recherché organiser la distribution des terres dans les zones de population dense, et il a conditionné le domaine à l'utilisation efficace des terres (un esquisse de l'obligation de conformation à la fonction sociale); avec des dispositions juridiques à cet égard à l'époque. D'ailleurs, en raison des différentes configurations de la métropole et de la colonie, au Brésil, l'institut de la concession toutefois a abouti à seulement une subvention de privilèges exclusifs, ne limitant pas l'occupation des terres par les colons, avec une large présence de possessions foncières productives.

Mots-clés: Sesmaria. Possession de terre. Grand domaine. Profit. Fonction sociale.

Introdução

O Brasil, desde as primeiras incursões europeias, foi visto pelos colonizadores e pelos colonos como um verdadeiro continente de riquezas naturais a serem exploradas. A Carta de Pero Vaz de Caminha – informação oficial à Majestade Lusitana dos sucessos da viagem – relatou as imensidades da terra descoberta pelas caravelas, antes vagabundas pelo

* Jurista doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006), professor adjunto da Universidade Federal de Goiás.

** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás.

Oceano. Reportou à metrópole as curiosidades do clima, do relevo, do solo, da fauna, da flora e dos habitantes que viviam em sensual inocência em meio à natureza. E aí iniciou-se um processo progressivo de exploração em massa de uma grande parcela do território sul-americano (CAMINHA, 1500; FREYRE, 2006, 87). A exploração portuguesa do Brasil foi o primeiro modelo de colonização ultramarina que, para além do extrativismo vegetal e mineral, propunha o assentamento de particulares como domadores do solo, para instalação definitiva de culturas agrícolas (FREYRE, 2006, p. 73, 78-79).

Esse modelo de colonização da terra, todavia, previa a titularidade de grandes faixas de solo a membros de ramos da nobreza lusitana, que eram enviados a ultramar para desbravar e prosperar de modo aventureiro – ao jeito lusíada – e enriquecer, lançando mão dos braços de índios nativos e, posteriormente, de africanos importados (FREYRE, 2006, 79). Tão logo a exploração das potencialidades locais engrenou, a importação massiva de trabalhadores sem posses e a exportação da produção extrativista e agrária, especialmente do açúcar e, posteriormente, do fumo, do algodão e do café, oportunizou uma sociedade sem consumo interno, com uma produção parca de alimentos realmente nutritivos (como carnes, verduras, frutas e legumes frescos, posto que sua disponibilidade só se dava em forma de desidratada, seja no sal ou no açúcar) para dar lugar à canaviais, cafezais etc. A alimentação ruim deu lugar a tantos bolsões de desnutrição que até a atualidade alguns persistem, enquanto as regiões onde houve algum intercâmbio mercantil pode desenvolver-se com maior diversidade e destacar-se economicamente do resto do País (FREYRE, 2006, 103-106). E assim, essas regiões onde o clima não favorecia a grande lavoura monocultora desenvolveram modelos de exploração do solo mais diversificados e menos concentrados nas mãos de grandes senhores-de-engenho (FREYRE, 2006, 93-96).

Todavia, como pretende-se demonstrar neste trabalho, a policultura que houve no período colonial – ainda que parca –, floresceu malgrado o regime colonial oficial de concessão exclusiva de terras, por meio de sesmarias. Ver-se-á, todavia, como o sistema sesmarial não prejudicava a iniciativa privada de ocupação e utilização do solo no Brasil.

1 As disposições legais sobre a utilização da terra nas ordenações do reino (1530-1822)

De início, importante notar-se que a sesmaria é um instituto jurídico mais antigo do que as Ordenações do Reino, e que constituía numa dotação fundiária destinada a controlar a utilização da terra no território regido pela Coroa Portuguesa, controle esse que, dois séculos depois, para além de Portugal e Algarves, incluía o Brasil. O instituto era, portanto, uma elaboração feudal, porém, com inclinação utilitária e social. Ligia Osorio Silva, sobre as sesmarias, leciona:

O instituto das sesmarias foi criado em Portugal, nos fins do século XIV, para solucionar uma crise de abastecimento. As terras portuguesas, ainda marcadas pelo sistema feudal, eram na maioria apropriadas e tinham senhorios, que em muitos casos não as cultivavam, nem arrendavam. O objetivo básico da legislação era acabar com a ociosidade das terras, obrigando ao cultivo sob pena de perda de domínio. Aquele senhorio que não cultivasse nem desse em arrendamento suas terras perdia o direito a elas, e as terras devolutas (devolvidas ao senhor de origem, à Coroa) eram distribuídas a outrem para que as lavrasse e aproveitasse e fosse respeitado, assim, o interesse coletivo (2008, p. 41).

Portanto, a finalidade precípua da sesmaria em terras lusitanas era fazer com que a terra fértil, não tão abundante, produzisse frutos conforme às demandas da economia do Reino. Diante da escassez de solo e da existência de súditos dispostos à lavrar o chão, a sesmaria daria a exclusividade condicional do uso da terra. Claro é que esse dispositivo jurídico visava ao interesse geral. Com razão, neste ponto, disserta o agrarista:

É velha a praxe de se tirarem as terras cultiváveis aos donos, por as terem abandonado ou desleixado, para serem entregues àqueles que as lavassem e cultivassem. Quando se publicou a Lei das Sesmarias, era já velho esse costume. [...] A finalidade da Lei de Sesmarias era aumentar a produção, pois, se todas as terras que haviam no Reino fossem cultivadas ‘haveria pão de sobejo para toda a gente, e não seria necessário trazê-lo de fora’ (OPITZ, 1983, p. 21).

O instituto da sesmaria foi albergado pelas Ordenações do Reino, compilação legislativa monárquica, que dispunham que as terras deviam gerar produtos, em proveito de seus senhores (i.e., seus donos) e do Reino. Nesse sentido, prescreviam: “Porque proveito commum e geral he de todos haver na terra abastança de pão e dos outros fructos” (ORDENAÇÕES, L. IV, Tit. XLIII, § 9).

E, por outro lado, em concórdia com essas razões, as Ordenações Reais também defendiam os lugarejos de interesse público da concessão de sesmarias, dizendo:

E achando que não são terras para dar pão, nem outros fructos, ou que não durarão em os dar, ou que dando-se de sesmaria, fariam grande impedimento ao commum proveito de todos; ou que em particular tolheriam o logramento e uso de alguns moradores, por os ditos matos maninhos, ou pousios serem tão comarcãos a elles, que seria quase impossivel poderem escusar, não os dêem de sesmaria (ORDENAÇÕES, L. IV, Tit. XLIII, § 10).

Observa-se também que, para além da vedação de instauração de exclusividade aos locais de interesse geral, diante da prescrição da pena de devolução da terra inutilizada ao concessor, as terras impróprias para o cultivo deveriam, obviamente, não ser concedidas em sesmaria. Assim, somente os terrenos produtivos eram visados por esse dispositivo jurídico.

E, caso não se cumprisse a ordenação legal de aproveitamento do solo, com cultura efetiva e cuidadoso labor, dispunha-se:

Mandamos que os donos dos taes bens sejam requeridos e lhes seja assinado termo, a que adubem os ditos olivae e vinhas, e as terras lavrem, e semêem às folhas, segundo o costume da terra. E se o assi não fizerem, passado o dito termo, as dêem de sesmaria (ORDENAÇÕES, L. IV, Tit. XLIII, § 8).

Assim, após o prazo dado, os ocupantes não derem utilidade à terra, ser-lhe-á retirada a sesmaria, e dada a outrem, conforme as antigas leis, confirmadas pelas Ordenações.

Foi sempre uma preocupação constante “dar as terras a lavrar, ainda contra a vontade do dono, desde que para o bem comum” [...]. As sesmarias passaram das Ordenações Manuelinas às Filipinas, quase sem nenhuma modificação, estabelecendo-se então as novas bases do direito agrário no Reino e na colônia do Brasil (OPITZ, 1983, p. 22).

Inicialmente, no Brasil, vigeram as Ordenações outorgadas pelo rei Dom Manuel – logo, também chamadas Ordenações Manuelinas, vigentes entre 1514 e 1603 – e, posteriormente, o corpo legal outorgado por Dom Felipe II, rei de Espanha e Portugal, denominado, portanto, Ordenações Filipinas, cuja duração no Brasil estende-se de 1603 até 1916, quando seu último livro remanescente em vigor foi revogado pelo primeiro Código Civil brasileiro (FIUZA, 2011, 74).

No Brasil, porém, em razão das características locais absolutamente distintas da metrópole, as sesmarias adquiriram uma significação destoante da função original. Na

metrópole, como visto, a sesmaria destinava-se, em razão da carência de solo fértil, fazer este produzir proveitosamente, em benefício da economia real e do abastecimento populacional. Todavia, na colônia de proporções continentais, a situação era inversa: não carecia-se de terra, com muita gente para ela lavrar, mas havia muita terra, com carência de quem a pudesse lavrar. Tanto que,

D. João III tomou nova resolução, mandando dividir a costa do Brasil em capitâneas, cabendo aos seus donatários a faculdade de conceder terras. Essa medida fracassou e deu os piores resultados, implantando em nossa terra o maior latifúndio que se possa imaginar, pois tinha cinquenta léguas de costa. [...] Com a vinda de Tomé de Souza como primeiro governador do Brasil, modificou-se a legislação sobre as doações, passando-se às sesmarias, pois se dizia: “Dar-se-hão de sesmaria – conforme o Regimento do Governador-Geral – as terras das ribeiras vizinhas a pessoas, que tenham posses para estabelecer engenhos de assucar, ou outras coisas, dentro de um certo prazo lhes será assignado” (OPITZ, 1983, p. 23).

Logo, o interesse mercantilista colonial, em fomentar a exploração colonial, mediante empreendimentos privados responsáveis e deveras produtivos, reconfigurou-se, ao longo da exploração e povoamento da terra relativamente recém descoberta. O poder dos capitães não condizia com suas experiências pessoais, tampouco, com a responsabilidade gigantesca demandada deles como administradores. A centralização administrativa permitiria, conforme à mentalidade mercantilista colonial, aprimorar o regime concessório das sesmarias e incentivar a ocupação do solo luso-americano de forma juridicamente mais homogênea e economicamente mais segura.

Como se depreende do documento *supra* mencionado, os empreendimentos açucareiros dos burgueses ou fidalgos portugueses se instalariam na costa brasileira, com o apoio da autoridade colonizadora, segundo as normas gerais das Ordenações do Reino e as normas especiais dos alvarás e regimentos dos governadores e vice-reis do Brasil. Isso tudo, no entanto, malgrado as tradições do povo português, pois, não tinha grande experiência nas grandes culturas tropicais e na exploração massiva da riqueza da terra:

O que restava aos portugueses do século XVI de vida rural era uma fácil horticultura e um doce pastoreio: e, como outrora entre os israelitas, quase que só florescia entre eles a cultura da oliveira e da vinha. Curioso, portanto, que o sucesso da colonização portuguesa do Brasil se firmasse precisamente em base rural (FREYRE, 2006, p. 86).

Assim, entre a tradição da pequena agricultura das colinas lusitanas e o comércio marinho com o Oriente, algo de novo teria de ser criado na maior colônia de Portugal:

Oliveira Viana tem razão quando escreve que entre as Índias “com uma maravilhosa riqueza acumulada e uma longa tradição comercial com os povos do Oriente e Ocidente” e o Brasil “com uma população de aborígenes ainda na idade da pedra polida” havia diferença essencial. “Essa ausência de riqueza organizada, essa falta de base para organização puramente comercial”, acrescenta o autor da *Evolução do povo brasileiro*, “é que leva os peninsulares para aqui transplantados a se dedicarem à exploração agrícola”.

De se ver que, a inabilidade portuguesa com o modelo quase industrial de plantação e engenho foi uma conquista feita entremeada de muitos erros, afinal pedagógicos. O processo de consolidação colonial no Brasil foi basicamente o de: 1) aprender a utilizar a terra, de acordo com o clima e sua fertilidade específica; e 2) de conseguir mão-de-obra aos empreendimentos agrícolas engendrados.

2. As consequências do regime de sesmarias na exploração da terra no Brasil

A população colonizadora que não tinha as credenciais aristocráticas os recursos pecuniários necessários à empresa agrícola tropical rara e dificilmente conseguiria uma concessão de sesmaria no Brasil, apesar de tanta terra para se dar. A relativamente parca concessão de sesmarias deve-se à característica econômica do instituto:

[A] metrópole procurava conceder terras aos colonos que tivessem condições de cultivá-las, o que significava nos marcos coloniais homens com recursos suficientes para possuir escravos. Os “homens de qualidades” de que fala Oliveira Vianna não eram apenas os representantes da fidalguia peninsular, mas também aqueles que provavam ter cabedais e recursos suficientes para iniciar uma exploração nos trópicos (SILVA, 2008, p. 50-51).

Nessa dualidade de população colonizadora, surgiu a ideia da dualidade do Brasil: um litorâneo e economicamente pujante, e outro interiorano, sem riqueza e de desenvolvimento lento:

A cana-de-açúcar começou a ser cultivada igualmente em São Vicente e em Pernambuco, estendendo-se depois à Bahia e ao Maranhão a sua cultura, que onde logrou êxito – medíocre como em São Vicente ou máximo como em Pernambuco, no Recôncavo e no Maranhão – trouxe em consequência uma sociedade e um gênero de vida de tendências mais ou menos aristocráticas e

escravocratas. Por conseguinte, interesses econômicos semelhantes. O antagonismo econômico se esboçaria mais tarde entre os homens de maior capital, que podiam suportar os custos da agricultura da cana e da indústria do açúcar, e os menos favorecidos de recursos, obrigados a se espalharem pelos sertões em busca de escravos – espécie de capital vivo – ou a ficarem por lá, como criadores de gado. Antagonismo que a terra vasta pôde tolerar sem quebra do equilíbrio econômico. Dele resultaria entretanto o Brasil antiescravocrata ou indiferente aos interesses da escravidão representado pelo Ceará em particular, e de modo geral pelo sertanejo ou vaqueiro (FREYRE, 2006, p. 93).

Mas nessa dualidade se desvenda, na verdade, o regime das terras brasileiro: no litoral, desenrolava-se a monocultura latifundiária da cana-de-açúcar, sob as concessões de sesmarias (logo, empreendimentos facilitados pelo estado colonial), e, no interior, salpicavam-se ocupações irregulares (mas não ilegais) de terra, para plantação de alguns poucos gêneros alimentícios, além do algodão e do tabaco – largamente consumidos na colônia –, bem como a pecuária de pasto livre, para produção de carne seca – a única forma comerciável de carne, à época (FREYRE, 2006, p. 98-99).

Assim, nos sertões, a ocupação do solo se deu à revelia do estado, asseveram os estudiosos do tema:

A lavoura não pôde desenvolver-se, assinala Ribas, senão pela ocupação dos terrenos que se achavam devolutos (*Ações possessórias*, p. 7). A ocupação (ou posse) fez-se costume entre nossos colonos, de modo que as propriedades das terras devolutas se faziam pela ocupação (OPITZ, 1983, p. 24).

A posse foi uma forma de apropriação particularmente importante na região da pecuária [...] Frequentemente, porém, os moradores não se preocupavam em demandar de sesmarias as terras que ocupavam. [...] Nos primeiros séculos da colonização, a posse representou também a forma de ocupação do pequeno lavrador sem condições de solicitar uma sesmaria (SILVA, 2008, p. 66-67).

A morosidade dos transportes, a inadequação dos solos e, principalmente, a concorrência com a cana-de-açúcar no mercado, todavia, enfraquecia as culturas variadas dos minifúndios dos planaltos interioranos (FREYRE, 2006, p. 93-94).

Como visto, as sesmarias eram concedidas precipuamente nas regiões próximas ao litoral, dedicadas à produção de açúcar. Contudo, no interior, a agricultura muito raramente demandava chancela oficial para se instalar. As sesmarias eram, ali, concedidas especialmente

em regiões auríferas e zonas urbanas ou semiurbanas. Somente com o gradual crescimento da oferta de açúcar no mercado europeu devido à concorrência das Antilhas Holandesas, e, especialmente, após o declínio dos ciclos auríferos, as terras em condição de posse, dedicadas à policultura (posteriormente chamadas minifúndios) ganharam valor e a agricultura floresceu nos interiores (SILVA, 2008, p. 71-72). A aquisição de terras devolutas por meio da posse com cultura efetiva se tornou verdadeiramente um costume jurídico:

O tamanho das sesmarias continuou a ser desmesurado e o das posses também. [...] A situação, entretanto, apresentava uma alteração de apreciável importância. Cada vez mais se reconhecia, na prática, a existência de moradores, posseiros nas terras e, em vez de expulsá-los, as autoridades procuravam estimulá-los a legalizar sua situação. Assim, começou uma nova forma de aquisição de domínio, com base na posse. A posse com cultura efetiva, como modo de aquisição de domínio, estabeleceu-se aos poucos como costume, para afirmar-se mais tarde como um direito consuetudinário (SILVA, 2008, p. 74-75).

Seguindo-se o período de permanência da Corte Lusitana no Rio de Janeiro, em razão das Guerras Napoleônicas, com o desenvolvimento e capitalização paulatinos da colônia (já então Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves), os grupos sociais desejosos da autonomia administrativa definitiva da ex-colônia apoiaram o movimento de independência, insuflado até mesmo no núcleo da própria administração regional americana. Nesse contexto, a oposição entre liberais e conservadores também se expressou no âmbito agrário, o que era de esperar-se:

Na realidade, os dois processos – a consolidação do Estado nacional e a formação da classe dos proprietários de terras – ocorrem simultaneamente, embora nem sempre de forma tranqüila, implicando conflitos e acomodações que estão registrados nos desdobramentos da história da apropriação territorial e em seu ordenamento jurídico (SILVA, 2008, p. 90-91).

Com o declínio do poder açucareiro do Nordeste e o princípio da prosperidade financeira e cafeicultura no Sudeste, e principalmente com a independência política do Brasil, o poder dos ocupantes de sesmarias declinou absolutamente, afinal, “a maioria dos ocupantes das terras (sesmeiros ou posseiros) não possuía um título legítimo de domínio” (SILVA, 2008, p. 88). A regularização das terras tornou-se uma prioridade no cenário do direito privado nacional.

Antes mesmo da independência, as forças políticas nacionais conseguiram extinguir o instituto da sesmaria, com a aprovação da Resolução de 17 de julho de 1822. Impossibilitava-se, portanto, a concessão de sesmarias, que eram um resquício formal, porém, ainda uma realidade material.

Com a chamada Lei de Terras (Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850), após largas e acaloradas discussões parlamentares, formou-se um texto normativo que previa o equilíbrio das perspectivas liberais e conservadoras; portanto, se decidiu que seriam revalidadas as sesmarias ou outras concessões do estado, que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura ou morada habitual; seriam legitimadas as posses mansas e pacíficas, que se achassem cultivadas ou com princípio de cultura e morada habitual do posseiro. Das demais terras devolutas, o Governo reservaria as áreas necessárias à colonização indígena, para fundação de povoados e para construção naval, bem como estaria o Governo também autorizado a estabelecer a repartição geral das terras públicas, encarregada de registrar todo o patrimônio fundiário público, mediante a descrição das terras das entidades governamentais e das terras devolutas. Ademais, todo aquele que pretendesse adquirir uma área de terra deveria comprá-la, fosse uma ocupação legitimada, fosse terra devoluta.

Assim, encerrava-se definitivamente o ciclo sesmarial, preenchendo-se a lacuna deixada pela Resolução de 17 de julho de 1822. A sesmaria – instituto jurídico feudal de colonização da terra – deixaria de existir, para dar lugar à ocupação capitalista da terra, pela compra e aquisição da propriedade – ainda que com a participação estatal quando da venda de terras devolutas.

Conclusão

Do visto nas seções anteriores, pode-se inferir que o tratamento jurídico dado à posse pela mais recente doutrina jurídica brasileira é contraditório. Ao passo que, por um lado, utilizou-se largamente da funcionalidade social da posse produtiva da terra, durante a construção histórica desse instituto tão arraigado na realidade, a partir de um momento, torna-se a posse num argumento discursivo de apropriação fraudulenta da propriedade, com fundamento em títulos falsificados (a chamada “grilagem”), e ainda posteriormente, torna-se a posse não mais a face de um direito, mas somente um fato que não significa direito.

A doutrina civilista brasileira classifica a posse, entre os institutos relativos às coisas, como um fato-poder, uma detenção física de algo, constatável e qualificável em razão da vontade do possuidor sobre a coisa, mas não como um direito real, enquanto domínio sobre coisa própria ou alheia. Assim, a legislação de direito privado pátria, desde o alvor do século passado, com aprovação do Código Civil de 1916, e mais acentuadamente com a sanção do Código Civil de 2002, tem enfraquecido o caráter de realidade jurídica da posse produtiva da terra, para proteção de direitos de propriedade não condizentes com a tradição jurídica nacional, que foi sempre voltada à função social da terra, ainda que não se utilizando propriamente dessa expressão recente.

A posse, em ambos os códigos civis brasileiros, foi normatizada em título a parte do título referente aos direitos reais (do latim, referente a *res*, “coisa”), e de forma bem mais precária (a posse atualmente é regulada entre os artigos 1.196 e 1.224, e os “outros” direitos reais entre os artigos 1.225 e 1.509). Porém, a doutrina das mais célebres do Brasil já classificou e potencializou de forma diversa a posse no direito brasileiro. Inclusive, a posse foi incluída entre os direitos reais. Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), maior civilista da história brasileira, inspirador absoluto da técnica legislativa dos códigos civis argentino e paraguaio, bem como influenciador dos códigos civis de Chile, Uruguai, Nicarágua e do próprio Brasil.

No imenso trabalho de fazer uma consolidação da legislação de direito privado brasileiro, Teixeira de Freitas chegou à conclusão de que a posse é um direito real (ou seja, um direito efetivo sobre alguma coisa), assim classificando o instituto:

- 1.º A *posse*, como modo de adquirir domínio na ocupação das cousas sem senhor – *occupatio rei nullius* – ;
- 2.º A *posse*, como modo de adquirir domínio na tradição das cousas, quando feita pelo proprietário legítimo – *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferetur* – ;
- 3.º A *posse civilis possessio* –, como um dos elementos da prescrição aquisitiva (*usucapio*) na tradição feita por quem não é proprietário legítimo – *traditio a non domino* – e constituindo a *propriedade putativa*, que é protegida pela acção publicana ;
- 4.º A *posse*, separada do domínio, e protegida pelos *interditos* ou *acções possessórias*.

Nas tres primeiras manifestações a *posse* entra indubitavelmente na classe dos *direitos reais*, pois que pertence á *theoria do dominio* ; e quanto á esta posse é óbvio, que não cabe questionar, se ella é ou não, um direito, se constitue um *direito real*.

Quanto aos casos da – *occupatio*, e *traditio* – a posse é começo, e consequencia, do dominio ; mas não o motivo da aquisição do dominio. *Ella principia* (palavras de Savigny) no momento, em que o dominio adquire-se. A *posse* deve ser legitima, não é legitima sem *justo titulo* ; e o dominio presuppõe a coexistência d'estes dois elementos.

Quanto ao caso da – *usucapio* – a posse, como productiva da prescrição aquisitiva, defendida pela acção publicana, vale tanto como o próprio dominio ; é um dominio nascente, e presumptivo, que o Direito considera como verdadeiro dominio (FREITAS, 1876, p. CLVIII-CLIX).

Assim, o ilustre jurista já afirmava seriamente encontrar-se na posse um poder jurídico maior do que a tímida doutrina do século XX o faria. Ainda que fazendo as óbvias ressalvas da posse como elemento do direito de propriedade (domínio), Freitas asseverou que a posse, por si só, em alguns casos, “vale tanto como o próprio dominio”, especialmente nos casos de usucapião e de tradição da coisa antes da averbação em título ou escritura.

Logo, em sua doutrina, cai por terra, ao que parece, a distinção entre posse e direitos reais, colocando aquela como um mero fato físico e estes como legítimos direitos subjetivos (FUIZA, 2011, p. 948).

Assim, como se vê pelo exposto, desde a instauração do regime de sesmarias no Brasil colônia (1530) até depois da sanção da Lei de Terras (1850), no Brasil, não se cerceou o acesso à terra. Houve, em verdade, patrocínio estatal de garantia de privilégio e exclusividade no acesso às melhores terras àqueles que poderiam criar grandes empresas coloniais monocultoras, mas não havia vedação da exploração da terra por meio da posse à revelia da concessão estatal. Com a Lei de Terras, priorizou-se programaticamente a propriedade por meio da aquisição onerosa, mas se convalidaram as posses validadas pela efetiva utilização econômica da terra.

Logo, mostram-se bastante equivocadas as lições da doutrina jurídica agrarista mais tradicional e difundida no mercado livreiro acadêmico brasileiro. Geralmente, de forma aberta, a doutrina expõe o antigo regime de sesmarias como a causa da concentração da propriedade da terra e dos grandes latifúndios da atualidade do cenário brasileiro:

A influência feudal se fez sentir na colonização incipiente brasileira, com reflexos até nossos dias, porque as concessões de sesmarias interessaram mais aos latifundiários daquela época pelos motivos apontados. Vêm daí os

erros e distorções da distribuição das terras brasileiras, pois não foi adotado nenhum plano a este respeito (OPITZ, 1983, p. 24).

Segundo os historiadores, as concessões de terras eram feitas a pessoas privilegiadas que, muitas vezes, não reuniam condições para explorar toda uma gleba de extensa área, e não raro, descumpriam as obrigações assumidas, restringindo-se apenas ao pagamento dos impostos. Certamente essa prática clientista – lamentavelmente ainda adotada em nosso país – influenciou o processo de latifundização que até distorce o sistema terreal brasileiro (MARQUES, 2012, 24).

Vê-se que, sem referência historiográfica, atribui-se inclusive à historiografia a indicação do regime sesmarial como causa da concentração contemporânea da propriedade da terra em grandes latifúndios. Essa análise, sem dúvida, mesmo que velada e involuntariamente, fundamenta a regime jurídico de propriedade da terra de forma privada absoluta, como uma tradição jurídica que remonta às sesmarias, em detrimento do princípio de função social da propriedade, muito mais afeito à tradição jurídica luso-brasileira no que concerne ao trato da terra.

Logo, não é nova no direito ibero-americano a exigência jurídica do aproveitamento da terra, seja ela titularizada em registro ou não. O conceito recentemente assimilado de função social da propriedade, desenvolvido pelo francês Léon Duguit, em sua doutrina socializante e funcionalista, não nega o direito de propriedade, mas o condiciona ao cumprimento de sua função social (TAVARES, 2010, p. 699).

Assim, as disposições do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, arts. 2.º, 12, 18 e 47) e da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (arts. 5.º, XXIII; 170, III; 184; 185, p. u.; 186) não seriam inovações socialistas no ordenamento tradicional pátrio, como pregam alguns docentes reacionários, mas praticamente uma nova nomenclatura para um velho princípio do direito luso-brasileiro.

A importância secular do cumprimento da função da propriedade vem sendo destacado desde há muito, e somente recentemente, no Brasil, despertou-se novamente para tão virtuoso princípio jurídico:

O princípio da “função social da propriedade” não é recente, foi pensado na Antiguidade, pois já o encontramos em Aristóteles (*A Política*) e em Tomás de Aquino (*Summa* [sic]). Mais tarde, o grande jurista francês Léon Duguit

vai dedicar-se, sob a influência do positivismo comteano, a delinear os seus contornos. É no século passado que o princípio foi efetivamente reconhecido, tendo sido resultado das mudanças sociais ocorridas na conformação capitalista dos modos e meios de produção, ademais do forte acento decorrente da Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919. [...] A função social da propriedade rural implica o cumprimento de alguns deveres básicos, entre eles, o aproveitamento eficiente da propriedade, dos recursos naturais, bem como a proteção do ambiente. Aqui, estamos frente ao uso sustentável da propriedade rural. Relativamente ao aproveitamento eficiente da propriedade, na dicção do comando constitucional “aproveitamento racional e adequado”, a legislação infraconstitucional estabelece os requisitos sem os quais não se atribui função social à propriedade (Lei n. 8.629/93, art. 6.º, parágrafos e incisos), aliás, os mesmos para a propriedade produtiva [...]. Com respeito ao uso adequado dos recursos naturais disponíveis na propriedade rural, a norma infraconstitucional declara que ele só se concretiza quando a exploração da propriedade respeita a vocação natural da terra, condição para a manutenção de seu potencial produtivo (§ 2.º do art. 9.º) (MOLINARO, 2013, p. 187).

Até mesmo a atual prescrição normativa de preservação ambiental já encontra estímulo ancião na legislação lusitana, havendo, no Brasil pré-independente, sugestão legislativa de José Bonifácio de Andrada e Silva, em referência à negociação de sesmarias e de posses de terras, que “[t]odas estas vendas serão feitas com a condição de deixarem intacto o 6.º terreno para bosques e matos” (SILVA, 2008, p. 92).

Na verdade, ao contrário do que talvez inicialmente se possa imaginar, relativamente recente é a ideia de propriedade privada exclusiva e absoluta, e não a do domínio, usufruto ou servidão condicional. A tradição jurídica europeia, mesmo enraizada no privatismo do direito romano, não colocava o domínio sobre a terra em tamanha incondicionalidade. A vivência tribal germânica consolidou-se na Era Feudal como uma tendência comunitária, e modernamente como uma tendência de integração entre o indivíduo e seu ambiente social. A consolidação do privatismo jurídico no Ocidente pode ter inspiração, mas não origem, no direito romano, que certamente tem também raízes tribais e conotação coletiva, tanto que o chamado *jus civilis* englobava não somente o direito civil, como se pode facilmente enganar pela terminologia cognata, mas abrangia todo o direito romano, inclusive o direito público, com exceção do *jus gentium*, o direito internacional aplicado pelos romanos aos outros povos. (GILISSEN, 2003, p. 633- 645; WIEACKER, 2004, p. 602-605; DAVID, 2002, p. 39-43, 74-75).

Destarte, as sesmarias, enquanto instituto do direito feudal português e do direito colonial brasileiro, se insere no direito privado já com uma tendência bastante publicista, não

se subjugando à separação teórica doutrinária entre os dois grandes ramos do direito. Havia uma integração entre os interesses particulares na concessão da sesmaria e aproveitamento da terra e os interesses coletivos de produtividade e trabalho na terra.

É falaciosa, portanto, a teoria de que as pequenas posses familiares ocorridas durante o período colonial eram ilegais desde de a origem, sem lastro jurídico e ilegítimas, pois a ocupação da terra era o objetivo da colonização. Assim como é errônea a indicação doutrinária de que as sesmarias são a causa da concentração latifundiária da terra no Brasil, pois durante a colonização e o Império, elas se concentravam em relativamente pequena extensão territorial e não cerceavam, absolutamente, o acesso à terra, como só posteriormente se faria, com a consolidação do direito civil de vertente burguesa, após a Revolução Francesa (tema específico e distinto sobre o qual não se aprofundará neste artigo).

Logo, o conceito de propriedade privada deve atentar-se à noção óbvia de que a terra, como bem disponível indistintamente na natureza, não é um produto criado pela indústria ou pelo mercado, mas “apropriável” pelo homem e tornada elemento de patrimônios exclusivos graças à ficção jurídica ocidental generalizada da propriedade (POLANYI, 1980, p. 81-96; SMITH, 1990, p. 237-338). Ora, não se trata este trabalho científico de um discurso contra a propriedade privada da terra, mas de uma explanação de como essa modalidade de propriedade, no sistema jurídico de tradição ibera, tem uma função pública de interesse social, somente nas recentes décadas resgatada de forma teórica, mas ainda timidamente na prática estatal administrativa e jurisdicional.

Referências

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta a El Rei D. Manuel**. Wikisource. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Carta_a_El_Rei_D._Manuel_%28ortografia_original%29>. Acesso em 19 jul. 2014, 18:48.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**, 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier. Brasília: Senado Federal, 2003 – fac-sim, 1876.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísa Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. Comentário ao artigo 186. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

OPITZ, Osvaldo. **Tratado de direito agrário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponíveis em:

<<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2014, 19:13.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação**: as origens da nossa época. Tradução Fanny Wrobel. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

SILVA, Ligia Osorio. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de 1850. 2. ed. Campinas: UNICAMP, 2008.

SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e Transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2004.