VIDERE
V. 14, N. 30, MAI-AGO. 2022
ISSN: 2177-7837

Recebido: 14/05/2022.
Aprovado: 29/06/2022.

Páginas: 383-398.

DOI: 10.30612/videre.v14i30.16694

O CONSTITUCIONALISMO FRENTE À ESCRAVIDÃO BRASILEIRA NO SÉCULO XIX – LIMITES E POSSIBILIDADES DE IMPLANTAÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA MODERNA

CONSTITUTIONALISM AND BRAZILIAN SLAVERY IN THE 19TH CENTURY - LIMITS AND POSSIBILITIES TO A MODERN LEGAL CULTURE

LE CONSTITUTIONNALISME FACE À L'ESCLAVAGE BRÉSILIEN AU XIX^{ème} SIÈCLE - LIMITES ET POSSIBILITÉS DE MISE EN ŒUVRE D'UNE CULTURE JURIDIQUE MODERNE

Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues*

*
Doutorando em Direito
Universidade de Fortaleza - UNIFOR
seneterri@hotmail.com
OrcidID: 0000-0001-6551-8407

RESUMO
O trabalho tem como objetivo principal investigar as tensões teóricas, institucionais e sociais no campo jurídico decorrentes da experiência em traduzir, para o seu campo semântico próprio de grande território escravista, o emergente modelo de estruturação política fundada em um constitucionalismo em acelerada gestação. Busca-se, ainda, como objetivo específico, examinar em que medida discursos liberalizantes conformaram-se à experiência institucional brasileira do século XIX. Adota-se metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultados, observou-se a que a experiência local de liberalismo e constitucionalismo caminhou ao lado das disputas em questão escravista brasileira, ao lado da modernização de relações jurídicas arcaicas e da releitura do papel do Estado perante as relações privadas e consuetudinárias, para emergir como árbitro das relações de trabalho e como artífice do desenvolvimento econômico.
Palavras-chave: Constitucionalismo. Escravidão no século XIX. Campo jurídico brasileiro.

ABSTRACT
The work aims, as a main objective, to investigate the theoretical, institutional and social tensions in the legal field arising from the experience of translating, into its own semantic field of a large slave territory, the emerging model of political structuring based on a constitutionalism in accelerated gestation. It also seeks, as a specific objective, to examine the liberalizing discourses conformed to the Brazilian institutional experience of the 19th century. Bibliographical and documental research methodology is adopted. As results, it was observed that the local experience of liberalism and constitutionalism went hand in hand with the disputes on the issue of Brazilian slavery, alongside the modernization of archaic legal relations and the new role of the State, that emerged as an arbitrator of labor relations and as an architect of economic development.
Keywords: Constitutionalism. Slavery in the 19th century. Brazilian legal field.

RÉSUMÉ
L'objectif principal du travail est d'enquêter sur les tensions théoriques, institutionnelles et sociales dans le domaine juridique découlant de l'expérience de traduction, dans son propre champ sémantique d'un grand territoire esclavagiste, du modèle émergent de structuration politique basé sur un constitutionnalisme en accéléré gestation. Il cherche également, comme objectif spécifique, à examiner dans quelle mesure les discours libéralisateurs se sont conformés à l'expérience institutionnelle brésilienne du XIXe siècle. Une méthodologie de recherche bibliographique et documentaire est adoptée. De ce fait, il a été observé que l'expérience locale du libéralisme et du constitutionnalisme allait de pair avec les contestations sur la question de l'esclavage brésilien, parallèlement à la modernisation des rapports juridiques archaïques et à la relecture du rôle de l'État face à des relations privées et coutumières, pour émerger comme arbitre des relations de travail et comme architecte du développement économique.
Mots clés: Constitutionnalisme. L'esclavage au XIXe siècle. Domaine juridique brésilien.

1 INTRODUÇÃO

Ao observador do século XXI talvez a realidade sócio-política brasileira do século XIX se apresente, sob um certo aspecto, como um dos maiores paradoxos da sua época: uma sociedade que reclamava abertamente os valores ilustrados do século XVIII, inclusive por meio de inúmeros movimentos insurrecionais, sendo a mesma sociedade que se estruturava sob a escravidão, informadora de todos os seus traços mais marcantes, assim permanecendo até o limiar do século XX.

Ao ignorar tal aspecto, conscientemente ou não, parte do pensamento constitucional desenvolvido no Brasil a respeito do século XIX tende a limitar a percepção da realidade. De um lado, tributário de uma visão excessivamente otimista a respeito das novas possibilidades de garantias de direitos que teriam como referencial, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em outra vertente, ao conceber que a experiência político-institucional brasileira teria sido limitada por uma força motriz conservadora conformadora da realidade sob as necessidades de um certo *status* econômico e político, que teria incapacitado assim a realização plena do projeto ilustrado de monarquia constitucional e emancipadora dos indivíduos escravizados.

A conclusões a respeito da experiência constitucional brasileira do século XIX, se desenvolvidas de modo estanque, circunscrevendo a realidade a campos de vivên-

cia apartados, costumam perder de vista, no mínimo, dois aspectos: as reais possibilidades do constitucionalismo e as evidências de modernização institucional em meio aos diversos campos da experiência jurídica da época.

O presente estudo tem como objetivo investigar possíveis tensões teóricas e institucionais entre, de um lado, a experiência jurídico-política brasileira no século XIX em traduzir o emergente modelo de estruturação política fundada em um constitucionalismo em acelerada gestação ao final do século XVIII, frente à realidade local de último grande território escravista do mundo moderno.

Sob um novo prisma, a concepção sistêmica de estrutura e semântica articulada por Marcelo Neves, uma vez que, "um artefato semântico da sociedade mundial pode variar em face de sua adequação à reprodução das estruturas em contextos sociais diversos" (2015, p. 5-22), pode apresentar importante contribuição para a reflexão acerca dos mais importantes aspectos relacionados ao problema da escravidão brasileira no século XIX diante das ideias liberais e do constitucionalismo moderno. A fim de buscar uma aproximação com tal modelo teórico e construir uma visão de conjunto acerca da produção institucional e teórica desenvolvida no período frente à questão servil, metodologicamente recorre-se a fontes documentais e bibliográficas, inclusive de valor histórico.

Em que medida discursos liberalizantes, de limitação do poder e garantia de direitos, marcas do constitucionalismo moderno, conformaram-se à experiência institucional brasileira da escravidão no século XIX, aspectos aparentemente contraditórios, é um problema que vem sendo enfrentado sob diversas perspectivas historiográficas e sociológicas. Já sob o enfoque de uma teoria constitucional, para além de conceber a constituição enquanto objeto cultural auxiliar à compreensão de determinada organização social mas também indutora de transformações sociais, a sua virtual falência para colocar em xeque o sistema escravocrata brasileiro do oitocentos, demanda a realização deste estudo.

2 A EXPERIÊNCIA ILUMINISTA BRASILEIRA FRENTE À REALIDADE DA ESCRAVIDÃO NO SÉCULO XIX

O pensamento político brasileiro do século XIX, que esteve na base da construção institucional do nascente Estado independente em 1822, é fortemente tributário do liberalismo francês. Conquanto o ideário liberal francês tenha ganhado contornos

diferentes na realidade luso-brasileira[1], a sua clara articulação, sobretudo revelada na Revolução Liberal do Porto de 1820, exerceu influência inconteste na independência brasileira e na Constituição de 1824.

De modo que as relações escravistas, que apenas viriam a desaparecer do campo jurídico brasileiro em 1888, reproduziam-se legitimamente durante quase todo o século XIX, ou seja, mesmo após a fundação deste país que dialogava publicamente com os ideais ilustrados de liberdade, igualdade e fraternidade. E, em consonância com o espírito da época, mesmo o país tendo adotado constituição – outorgada ao final, mas cujo texto em parte resultou de intensos debates políticos que antecederam as tensões que levaram à outorga – contendo um dos mais modernos catálogos de direitos fundamentais da época, incorporando em si o sentido da Declaração Universal de Direitos do Homem[2].

Não se ignora que as múltiplas camadas em que se expressava o liberalismo setecentista apontam para um aspecto de convivência entre o seu discurso e a justificação da escravidão. Contudo, sobressaem as evidências de que as bases filosófico-morais não apenas para a superação da escravidão, mas também para os movimentos de independência e de subjugação do poder político, são de fato frutos da filosofia liberal iluminista. Importante estudo desenvolvido por David Brion Davis explora o aspecto ambivalente do iluminismo, observando na filosofia de Voltaire a defesa da desigualdade no mundo real, onde para o seu funcionamento, deveria haver "uma infinidade de homens úteis que nada possuem" (2001, p. 436-438). Estava presente também na filosofia de Montesquieu que, embora tenha se contraposto às justificativas tradicionais à escravidão, afirmava existir uma fundamentação racional para a escravidão em "estados despóticos". Mas se é verdade que "foi na época do iluminismo que o tráfico

1 A historiadora Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves (2003, p. 141) explica que na experiência portuguesa de liberalismo, de grande influência na construção teórica brasileira que esteve na base dos movimentos políticos, inclusive da Independência de 1822, buscava se afastar dos princípios revolucionários franceses, vistos como excessos jacobinos. Identificava-se com a constituição como forma de manter a ordem. Os termos liberdade, igualdade e fraternidade ganharam importância nos movimentos políticos dos dois lados do Atlântico, mas sob uma leitura própria: liberdade como uma aproximação do termo constituição para referi-la liberal, virando também essência da vida do homem; igualdade ganhou o significado jurídico de igualdade de direitos; e fraternidade, menos usado, passou a ser articulado com a noção de convívio, tolerância e conciliação.

2 Em texto clássico, Roberto Schwarz (2014, p. 42) utiliza a expressão "ideias fora do lugar" para caracterizar a vivência do liberalismo na sociedade escravista: "Ao longo de sua reprodução social, incansavelmente o Brasil põe e repõe ideias europeias, sempre em sentido impróprio." E prossegue Schwarz: "Além do quê, havíamos feito a Independência havia pouco, em nome de ideias francesas, inglesas e americanas, variadamente liberais, que assim faziam parte de nossa identidade nacional. Por outro lado, com igual fatalidade, este conjunto ideológico iria chocar-se contra a escravidão e seus defensores, e o que é mais, viver com eles. No plano das convicções, a incompatibilidade é clara, e já vimos exemplos. Mas também no plano prático ela se fazia sentir. Sendo uma propriedade, um escravo pode ser vendido, mas não despedido. O trabalhador livre, nesse ponto, dá mais liberdade a seu patrão, além de imobilizar menos capital. Este aspecto — um entre muitos — indica o limite que a escravatura opunha à racionalização produtiva." (2014, p. 53)

de escravos africano e a *plantation* das Índias Ocidentais desfrutaram seus anos dourados" (DAVIS, 2001, p. 435), o aspecto ambivalente que ganha peso preponderante a partir das evidências histórias é exatamente o da justificação racional de uma humanidade universal presente na agenda política abolicionista ao redor da América a partir do ideário iluminista.

Problema enfrentado pela historiografia e sociologia é o de que, mesmo sob o influxo do liberalismo e do constitucionalismo, durante quase todo o século XIX foi pequeno e sempre tardio qualquer avanço institucional contra a escravidão no Brasil. As disputas políticas, tanto aquelas travadas no campo das ideias como na atuação de instituições políticas e jurídicas, resultaram pouco efetivas em promover ganhos comparativos contra a escravidão em relação às demais comunidades ocidentais.

Na contramão do abolicionismo, na historiografia brasileira é até mesmo possível identificar ciclos de endurecimento nas medidas legais repressivas contra os escravos, sobretudo após as inúmeras rebeliões que marcaram a primeira metade do século, alternando-se com a efetiva reprodução de práticas costumeiras ou institucionais de "melhoramento da sorte dos escravos" (SOARES, 1847).

Desde o Congresso de Viena (1815) as potências europeias haviam estabelecido um compromisso, ainda que simbólico, de abolir o tráfico de escravos. Sem ignorar o papel indutor do contexto político e econômico, a modernização das relações internacionais já no início do século caminhava junto ao discurso eloquente de repulsa ao comércio de seres humanos, contrário aos princípios da humanidade e da moralidade universal (ALAMINO, 2018, p. 701-713). A França aboliu a escravidão dos seus domínios três anos após o Congresso e, nas décadas seguintes, a escravidão gradativamente se reduzia fora da Europa nos territórios recém-independentes. De tal maneira que, em meados da década de 1850 eram apenas três os grandes territórios que permaneciam escravistas no continente: os Estados Unidos, Cuba e Brasil, os dois primeiros tendo abolido a escravidão, respectivamente, em 1865 e 1886, restando então somente o Brasil como grande território escravista que, mesmo sob fortes pressões da maior potência da época, ainda manteve intensamente uma economia fundada na mão de obra escrava até 1888[3].

Era este o contexto em que se inseria um país onde, não somente em aparente contradição com sua constituição liberal, sustentava uma legislação que tornava sagrada a propriedade e o comércio de seres humanos, forma anacrônica de angariar força de trabalho em um mundo já industrializado e de cruel controle social. Em todos

3 A Fundação Getúlio Vargas mantém o Atlas Histórico do Brasil, onde contém mapa ilustrativo com linha do tempo do fim da escravidão nas américas. Consultar em: CPDOC. *Atlas Histórico do Brasil:* o fim da escravidão. O fim da escravidão. 2016. Disponível em: https://atlas.fgv.br/marcos/o-fim-da-escravidao/mapas/linha-do-tempo-do-fim-da-escravidao-nas-americas. Acesso em: 23 nov. 2022.

os aspectos, portanto, um paradoxo em relação às ideias liberais no campo filosófico-moral.

Mesmo em época avançada do século XIX, conviviam lado a lado o discurso liberal filosófico humanitário com uma verdadeira crise humanitária, a escravidão brasileira. Como demonstra o relato de 1880, apesar de haver sido proibido o tráfico internacional de escravos, ainda era comum a violência da escravidão, amplificada pelo tráfico interprovincial que alimentava as lavouras cafeeiras no sudeste do país:

> Não há muito atravessava eu, ao calor do meio-dia, uma dessas regiões desertas de minha província; o sol abrasava: de repente, ouvi um clamor confuso de vozes escravos com destino aos campos de São Paulo. Entre alguns homens de gargalheira ao pescoço, caminhavam outras tantas mulheres, levando sobre os ombros seus filhos, entre os quais se viam crianças de todas as idades, sendo toda essa marcha a pé, ensanguentando a areia quente dos caminhos. E se acontece que durante a noite algumas dessas míseras escravas torna-se mãe, no dia seguinte a marcha da caravana não se interrompe, e o fruto querido de suas entranhas é condenado a morrer no primeiro ou segundo dia da jornada se antes não é lançado em algum canto, ignorado a expirar pelo abandono. É o tráfico na sua mais horrenda forma. (GOMES, 2022, p. 406)

Identificam-se ao menos três importantes perspectivas através das quais se deve estudar o campo de convivência entre o modo de produção econômico e de reprodução das relações sociais escravista e as ideias iluministas de humanidade e de constitucionalização da ordem jurídica: o debate das ideais jurídicas no país, a formação dos operadores do direito e o âmbito da institucionalidade, esta compreendida como a produção legislativa e a atuação dos órgãos que se encarregavam da interpretação das regras jurídicas que, ao longo do século, evoluíram até a definitiva abolição[4].

3 CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E LEGISLAÇÃO ESCRAVISTA NO SÉCULO XIX: UMA CONCILIAÇÃO IMPROVÁVEL?

No campo da institucionalidade, ao longo do século XIX foram aprovadas algumas leis que fizeram parte do caminhar até a definitiva proibição do sistema de exploração econômica escravagista no Brasil. Todas elas, contudo, revelaram-se bastante limitadas em seus efeitos. A começar pela lei de 1831, logo apelidada "lei para inglês ver", que se tivesse a séria intenção de ser aplicada, teria conduzido à extinção do tráfico de escravos em relativa sincronia com a maior parte das nações recém-independentes. No Brasil, a proibição do tráfico internacional de escravos somente veio

4 A historiografia brasileira foi marcada por um intenso debate a respeito da produção legislativa escravista sob o aspecto de suas contribuições para a formação da sociedade pós-abolição: a tradição legal que o Brasil herdou da legislação luso-espanhola onde, segundo estudos publicados por Frank Tannenbaum em 1946, apontaria para o reconhecimento da humanidade dos escravos na dominação ibérica e da escravidão como um estado transitório, o que virtualmente teria aumentado as possibilidades de alforria. Tais conclusões, contudo, foram criticadas nas décadas seguintes, dentre outros motivos, por atribuir exagerado peso aos textos legais – principalmente as *Siete Partidas* do século XIII - sem verificações empíricas (MATHEUS, 2015, p. 213-250).

a ser efetivamente combatida a partir da lei de 1850, ainda assim alheio à atuação das autoridades locais, e sim mediante incursões da Inglaterra, à custa de sucessivos incidentes diplomáticos e vexatórias capturas de navios em águas nacionais.

Nenhuma lei representou melhor o "gradualismo" da versão do pensamento político liberal brasileiro que a Lei do Ventre Livre de 1871 ao prever que os filhos nascidos em cativeiros seriam livres, no entanto somente mediante a concordância do senhor em aceitar indenização aos oito anos de idade da criança; ou, caso preferisse, aguardaria a maioridade aos vinte e um anos, quando seria obrigado a aceitar a libertação.

A construção de uma fundamentação jurídica para um tratamento gradualista à extinção da escravidão esteve presente nas discussões dos mais importantes juristas brasileiros durante o Império, como demonstra pesquisa realizada por Eduardo Spiller Pena. A clareza de tal posicionamento está posta na atuação de Caetano Soares, enquanto presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, o IAB, que em 1845 classificou o cativeiro como um mal injustificável, cuja abolição era necessária, "mas com a devida preparação dos escravos para a liberdade" (PENA, 1998, p. 83). Presente também nas discussões da Sociedade contra o Tráfico de Africanos e Promotora da Colonização e Civilização, fundada pelo mesmo Caetano Soares em 1850, que dois anos depois também elaborou um projeto para "Extinção progressiva da escravidão no Brasil", semelhante à lei que seria aprovada em 1871, contendo o objetivo básico de manter o filho da escrava em cativeiro até idade adulta, onde seria disciplinado para o trabalho.

A própria Constituição de 1824, que reproduzia a carta de direitos na linha das demais constituições surgidas no final do século XVIII, tinha alcance ainda mais limitado, destinando os direitos por ela declarados apenas aos cidadãos brasileiros, conceito que não abarcava o ser humano escravizado. O que passou a chamar atenção não apenas dos pesquisadores pós-abolicionistas a respeito da tradição legal brasileira, mas também dos abolicionistas do século XIX, é que o texto constitucional não trazia uma palavra sequer a respeito da escravidão. Joaquim Nabuco, em sua obra de 1883, *O Abolicionismo,* denunciava que "Era preciso que a Constituição não contivesse uma só palavra que sancionasse a escravidão" (NABUCO, 2003, p. 107). Do contrário, a mesma constituição seria obrigada a expressar de forma direta que nenhum direito individual contido nela seria garantido ao cativo e que todo aparato judiciário e burocrático deveria estar à disposição para obrigar indivíduos a trabalharem sem salário.

Sem embargo dessa interpretação de Joaquim Nabuco feita ao final do século para o silêncio da Constituição de 1824 quanto à escravidão, parece razoável pensar que em início do século XIX esperar-se uma função excessivamente dirigista para a normatividade constitucional seria incompatível com os exemplos de semelhantes

textos em outras nações. Mesmo nos Estados Unidos a abolição da escravidão somente foi constitucionalizada em 1865, pela décima terceira emenda. A escravidão, embora essencial para a sustentação da economia nacional e viabilização do projeto de consolidação territorial – Razão de Estado, como seria justificada por alguns juristas em meados do século XIX - encontrava-se entre as questões privadas e inerentes às práticas comerciais.

Conquanto a distinção entre âmbitos de juridicidade pública e privada não fosse sempre clara, intervenções da Coroa sobre as esferas de negócios de atores econômicos era evitada no período colonial. Realidade esta que mudaria gradativamente durante o Império, desde o enquadramento de práticas criminais até a reivindicação de legislação abolicionista[5].

Esta observação não mitiga a contradição filosófica da Constituição brasileira em relação às ideias liberais sufragadas em seu texto, que ao proibir expressamente os açoites e torturas como penas cruéis, a sua redação foi elaborada de modo garantir tal direito apenas aos "cidadãos" brasileiros. As punições cruéis permaneceram ao longo de todo o século XIX, ficando expressamente permitidas aos particulares pelo Código Criminal de 1830 (GRIMBERG, 2004)[6] sob o enquadramento jurídico de "castigos moderados" e centralizadas pelo governo brasileiro, oficializando e ao mesmo tempo "disciplinando" a crueldade especialmente a partir da lei número 4 de 1835, que aprovou a pena de morte ao lado da larga aplicação de açoitamentos como resposta a movimentos de insurreição[7].

---

5 Silva Júnior apresenta explicação a respeito dos campos de atuação da legislação herdada pelo antigo regime lusitano: "Enquanto as principais disposições relacionadas aos cativos mouros constavam do Livro II das *Ordenações Afonsinas* e *Manuelinas*, dedicado aos bens e privilégios eclesiásticos (bem como aos direitos reais, a jurisdição dos donatários e às prerrogativas da nobreza), nas *Ordenações Filipinas*, as normas acerca dos escravos negros são concentradas no Livro IV, concernente ao direito civil substantivo, e no Livro V, relacionado ao direito e processos criminais. Assim, a legislação relacionada à escravidão, de subordinada ao campo da religião, passaria a ser integrada aos campos relativos ao comércio e ao direito penal." (2013)

6 Em redação original, o Código Criminal de 1830 utilizava o conceito aberto de moderado para permitir castigos aplicados pelos particulares: "Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: (...) 6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor."

7 Ao lado das penalizações sem qualquer procedimento aplicados pelos particulares, penalidades mais duras eram aplicadas aos escravos pelo sistema público a pedido e mediante pagamento, sem qualquer processo ou julgamento: "Segundo as anotações da Intendência Geral de Polícia da Corte, em um único dia, dois de janeiro de 1826, as autoridades receberam 4.640 réis como pagamento de 2.900 chibatadas em dezesseis escravos, incluindo quatro mulheres. Naquele mês inteiro, foram aplicados 31.650 açoites sobre as costas de 170 escravos, pelas quais seus donos pagaram 50.640 réis. Ao longo de todo o ano de 1826, o total subiu para 3 e custaram aos senhores 528.640 réis." GOMES, 2022, p. 19).

4 A POLÍTICA ESCRAVISTA NA ARENA JUDICIAL: CAMPO JURÍDICO E POSSIBILIDADES DA LEGISLAÇÃO ESCRAVISTA OITOCENTISTA

Em meados do século XIX observa-se, a partir de estudos empíricos voltados à atuação institucional de atores jurídicos e tribunais, que houve uma tendência em modificar a compreensão, por parte daqueles agentes, a respeito da produção legislativa que já se encontrava disponível.

Embora permanecesse intocada a função legal como referencial para o resguardo da propriedade escrava, registra-se um quadro geral de crescimento de outra função em meados do século XIX, passando igualmente a fornecer as bases jurídicas e materiais para a busca de liberdade em favor de indivíduos escravizados, por meio das ações de liberdade, de arbitramento de alforria e de reescravização, pressionando juízes, magistrados, parlamentares e outras autoridades a ouvir reivindicações de indivíduos contra pretensões de serem escravizados (LARA, 2010, p. 83).

Não se podendo ignorar, portanto, o âmbito judicial como espaço de luta pela liberdade, assim como as demais formas reivindicatórias articuladas por indivíduos escravizados - rebeliões, fugas, homicídios -, importante estudo realizado por Keila Grinberg a partir de documentação judicial é referência em apontar para uma reviravolta no entendimento de instâncias jurídicas brasileiras, especialmente contra tentativas de reescravização que costumavam ser ajuizadas por ex-proprietários contra libertos alforriados mediante a articulação judicial do argumento da "ingratidão".

Especificamente em relação ao fundamento da "ingratidão"[8] observa-se percurso importante para avaliar a transição das argumentações tecidas no campo jurídico. Tendo sido este argumento largamente utilizado judicialmente com base em antiga legislação de 1682, no século XIX o fundamento passa a ser cada vez mais raro e menos suscetível a ser aceito pelos juízes. Em recorte temporal mais amplo, aponta estudo de Keila Grinsberg (2006, p. 105) que, dentre processos judiciais pesquisados ao longo do século XIX, apenas um caso, datado de 1826, em Salvador, invoca o argumento jurídico da "ingratidão", o que aponta para uma mudança na fundamentação jurídica para as ações de reescravização de alforriados.

Tal compreensão vai ao encontro das falas do influente jurista que viveu durante o Império, Agostinho Marques Perdigão Malheiro, autor de obra lançada em 1866 destinada a comentar a legislação escravista da época, *A escravidão no Brasil*: embora não houvesse lei revocatória da regra contida nas Ordenações Filipinas, o jurisconsulto articulava o argumento de que a caducidade da regra que previa a reescravização por "ingratidão" estaria em desarmonia com todo o sistema jurídico da época:

8 Por ingratidão, no Direito Romano e nas Ordenações Filipinas, entendia-se injuriar o patrono atrozmente, "pôr-lhe mãos ímpias", causar grave prejuízo financeiro por traição ao patrono, atentar contra sua vida e deixar de cumprir acordo para a alforria, segundo importante jurista da época, Perdigão Malheiro (1866, p. 230).

> Uma lei não se entende caduca ou não vigente só quando é *expressamente* revogada por outra. Basta que o Direito superveniente seja tal, que com ela não possa coexistir na devida harmonia, dando lugar a contrasensos, a oposições, a decisões repugnantes em sua aplicação ou de conseqüências repugnantes. A lei entende-se então caduca, derrogada ou ab-rogada. (1866, p. 230)

Sob tal aspecto a fundamentação de Perdigão Malheiros antecipa argumento jurídico semelhante àquele que viria a ganhar espaço no constitucionalismo moderno do século XX: a teoria da não-recepção de normas do direito vigente que contrariasse uma constituição superveniente. Semelhantemente a este princípio moderno, de que uma nova constituição recriar toda a organização estatal de tal forma radical a ponto de que toda a legislação incompatível com este novo sistema deva ser tomada como tacitamente revogada (não-recepcionada), o autor extrai o mesmo efeito a partir de outro argumento, o da caducidade de normas desarmônicas com um novo sistema legal.

Tal aspecto revela um novo paradigma de racionalidade para o direito, passando as discussões no campo jurídico a revestir-se, paulatinamente no avançar do século XIX, de elementos modernos, que se revelam nas ações de reescravização pesquisadas. Ao cair em desuso o argumento pré-moderno da "ingratidão" fundamentado nas Ordenações Filipinas e, a partir dos comentários dos jurisconsultos da época, as evidências são de que as decisões passam a ser construídas a partir de outros argumentos, tanto mediante a invocação de leis escritas e vigentes como mediante a impugnação à validade dos documentos examinados no processo (cartas de alforrias, assentos de batismo, testamentos)[9].

As lutas desenvolvidas no âmbito judicial parecem haver contribuído para pressionar autoridades imperiais a adotarem posições claras a respeito da escravidão. Como já se viu até aqui, várias pesquisas de história social vêm sendo desenvolvidas em torno de diferentes períodos históricos e centradas em órgãos judiciários diversos, o que aponta para a existência, especialmente na segunda metade do século XIX, de um espaço de autonomia exercido por escravos e libertos para defesa judicial de direitos (SILVA, 2020). A necessidade de um curador para que o escravo atuasse perante a justiça brasileira, bem demonstrado na tese de Francisca Raquel da Costa (2017) a respeito dessas ações intentadas perante a justiça do Piauí oitocentista, segundo a própria pesquisadora não elimina o reconhecimento desse espaço, ainda que restrito, de autonomia para defesa de seus direitos.

---

9 Por outro lado, Eduardo Spiller Pena (1998, p. 21), ao examinar as opiniões proferidas pelos membros do Instituto dos Advogados Brasileiros em meados do século XIX, observa o que chama de "abusos jurídicos" em relação ao direito romano. Segundo o autor, os juristas diante de dilemas entre a liberdade dos escravos e o direito de propriedade dos senhores, apropriava-se ora de regras escritas, de preceitos morais, do direito romano e das ordenações tanto para defender a liberdade como a propriedade. No caso especial do direito romano, várias discussões a seu respeito marcaram o século XIX, ora sendo chamada de lei "bárbara" que justificaria a escravidão, somente vindo a ser incluída como disciplina nos currículos dos cursos de direito em 1854.

Neste espaço estava também a atuação de advogados de destacada militância em diferentes regiões do país, como Luiz Gama, Joaquim Xavier da Silveira e Eduardo Baraúna Carigé. Não sendo este o foco do presente trabalho, a militância e o enfrentamento das questões pelo corpo burocrático judicial apontam para existência de uma comunidade linguística, aspecto a ser desenvolvido a partir de diferentes estudos e perspectivas teóricas.

Provavelmente o avultamento na importância da atuação judicial nessas conhecidas "ações de liberdade", levantadas pela autora e por corrente historiográfica recente, tenha influenciado a tomada de posição de importantes juristas no império. A exemplo do já citado Perdigão Malheiro, outros juristas do império tiveram seus posicionamentos a respeito da escravidão estudados em importante pesquisa de doutoramento de Eduardo Spiller Pena (1998).Os estudos foram centrados nos debates ocorridos no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, o IAB, entre 1843 a 1889, entidade que exercia relativa importância na política do Império, coincidindo seus quadros com uma gama de juristas que compunham também os quadros burocráticos do Império. Além disso, a fundação da instituição teve como objetivo contribuir para - ou até mesmo impor - uma uniformização do entendimento a respeito das leis em geral do país, ainda não codificadas na época.

De acordo com o pesquisador, os juristas que vocalizavam o posicionamento do IAB em meados do século XIX possuíam posicionamentos parcimoniosos em relação à escravidão em razão da necessidade de conciliar com o direito de propriedade e o controle social[10]. A despeito de adotarem posicionamento filosófico-moral favorável à liberdade, defendiam a indenização pela perda de um direito legítimo à propriedade. A liberdade era igualmente discutida sob a perspectiva do controle sobre a classe dos libertos ("Razão de Estado"), preocupação possivelmente ligada à vivência desses juristas nos quadros da burocracia imperial. O certo é que a posição conciliadora desses juristas distanciava-se dos posicionamentos ostentados pela advocacia abolicionista militante, não ligada aos quadros imperiais.

A amostragem tomada a partir dos posicionamentos públicos dos juristas mais proeminentes da época, que em grande medida tende a refletir a visão escolástica da comunidade jurídica, aponta para um relativo imobilismo no pensamento jurídico ao longo de várias décadas do século XIX. Assim como o próprio imperador D. Pedro II que, ao menos a partir de relatos de seus apoiadores, teria nutrido a convicção íntima em favor da abolição, o pensamento dessa amostragem de juristas, possivelmente

10 Ademais, ao contrário da construção da imagem do IAB por Joaquim Nabuco, segundo quem o instituto teria abrigado os primeiros abolicionistas do país, para o autor o posicionamento dos jurisconsultos do instituto não teria sido resultado de sua consciência espontânea ou de estudos da ciência do direito, e sim teria sido provocado exatamente pelas demandas dos escravos, libertos e de seus advogados (PENA, 1998, p. 19 e 47).

intelectualmente influentes no Império, ao longo de décadas não apresenta notáveis evoluções teóricas que pudessem transformar a realidade do cativeiro.

Ao contrário de dirigir uma teorização no sentido de reivindicar uma normatividade antiescravista, por décadas o prevaleceu o conservadorismo conciliador, pendendo entre medidas de "melhoramento da sorte dos escravos" (que pode ser lido como estratégia de manutenção da escravidão) e o reverente respeito à propriedade (matizado por vezes no posicionamento pela abolição indenizada)[11]. Prova desse relativo imobilismo na concepção normativa jurídica frente às questões escravistas está no fato do próprio jurista Perdigão Malheiro, em 1871, quando teve oportunidade preferiu votar contrariamente à lei do ventre livre por "Razão de Estado" a fim de evitar intranquilidade pública (MALHEIRO, 1871).

Contudo, sob certo aspecto a Lei de 1871 – apesar de fruto do abolicionismo gradualista - representou grande mudança de paradigma de certo pensamento jurídico a respeito da escravidão. Se durante o início do século XIX a escravidão parecia estar restrito aos limites das relações comerciais e, portanto, alheio à disciplina da regulamentação estatal, pela primeira uma lei regulamentava a alforria. Antes disso, a alforria era praticada, mas sem regulamentação estatal, seguindo norma consuetudinária.

Segundo clássico estudo da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, paradoxalmente a regulamentação da manumissão pelo Estado contava com forte oposição dos mesmos indivíduos que a praticavam largamente por negociações e seguindo regras costumeiras. Daí a conclusão de que o silêncio do Estado a respeito das alforrias tinha uma destacada função ideológica, mantendo-as como uma questão da esfera privada do senhor e seus escravos. Longe de ser um esquecimento, tratava-se de um projeto político de manter a questão no âmbito privado, do direito de propriedade em

11 Além disso, observa Spiller Pena (1998) que não raras vezes os mesmos juristas negavam posições emancipacionistas em público: "Foi assim com Caetano Soares e Perdigão Malheiro, os dois sócios-presidentes que mais estimularam o debate sobre a escravidão no Instituto, e que em certos momentos abriram mão de suas ideias jurídicas favoráveis à liberdade em nome do reconhecimento ao direito de indenização aos proprietários e da manutenção da ordem e segurança do Estado."

si, reproduzindo as relações de dependência e, assim, de compartilhamento do controle social entre o Estado e os proprietários [12].

A integração da relação consuetudinária que regia a alforria para o universo do legislado parece haver caminhado ao lado do deslocamento das questões escravistas para o domínio dos assuntos do Estado (direito público), movimento que atingiria também no século seguinte as relações operárias.

Este aspecto que aponta para a modernização de relações arcaicas, fazendo desaparecer gradativamente qualquer dúvida do papel estatal como árbitro das relações jurídicas – inclusive no que diz respeito à propriedade e o trabalho – e agente dinamizador do progresso econômico.

Tal aspecto, que parece não haver sido percebido pelos estudos voltados ao campo onde se desenvolve o discurso jurídico em torno da escravidão, está associado a outro, o da modernização da argumentação jurídica, inclusive nos processos judiciais, onde outrora prevaleciam aspectos das ordenações do Antigo Regime herdadas do Direito Romano, mas às vésperas de 1888 passava a nutrir-se de argumentos legais e documentais.

5 CONCLUSÃO

Retomando as explicações acerca da tardia mudança institucional brasileira, que somente em 1888 viria a tornar proibida a prática da escravidão em seu território, confrontam-se visões que no pensamento constitucional brasileiro tendem, de um lado, a exaltar as possibilidades trazidas pela corporificação dos ideais iluministas em garantias de direitos textualizadas nas constituições ocidentais da época e, de outro lado, interpretam o campo jurídico brasileiro como instância onde teria sido coartado o projeto liberal setecentista em razão de uma força motriz conservadora. Visões que não dão conta do problema relativo aos diversos matizes entre a transição de uma semântica arcaica para outra moderna no campo institucional.

Embora variáveis importantes para a compreensão do século XIX, as semânticas liberais e constitucionalistas encontravam claros limites, seja mediante a simples

12 A autora tece importante conclusão a respeito dos silêncios utilizados nas leis: "Mas o silêncio da lei, a par de sua função política, vincula-se também a fontes ideológicas. Nos seus níveis mais abstratos, da Constituição aos Códigos, o direito do Império teve de se acomodar com a contradição que era se descreverem as regras de uma sociedade escravista e baseada na dependência pessoal com a linguagem do liberalismo. A solução foi o uso generoso de largos silêncios. A Constituição do Império de 1824 silencia até a existência do escravo. O Código Criminal de 1830, em que se tentou consignar o princípio da impessoalização das penas que deveriam ajustar-se tão somente aos delitos, menciona os escravos em dois artigos. Distingue-os dos livres apenas para dizer que a pena de prisão com trabalho não era aplicável – por redundante - aos escravos (art. 60 e art. 311). Assim, no esforço da abstração universalizante, o que acabou sendo abstraído foi uma parcela fundamental da população. Outros países optaram por códigos separados para cidadãos e para escravos. O Brasil preferiu silenciar." (CUNHA, 1985, p. 58-59).

verificação empírica de que "foi na época do iluminismo que o tráfico de escravos africano e a *plantation* das Índias Ocidentais desfrutaram seus anos dourados" (DAVIS, 2001, p. 435) e de que esses limites podem ser evidenciados até mesmo no constitucionalismo americano, que não impediu que a Suprema Corte adotasse posturas conservadoras, sendo emblemático o famigerado caso *Dred Scott v. Sandford,* chegando a ser referenciado posteriormente como a pior decisão de todos os tempos[13].

A par das expressivas contribuições que a historiografia e a sociologia brasileira têm dado em torno da recepção das ideias liberais pelo campo jurídico brasileiro, com foco inclusive na arena das disputas judiciais e no campo da legislação, é oportuna a reflexão sobre questões outras, algumas que até mesmo fugiram ao propósito deste trabalho: a existência de uma comunidade linguística nesse campo e de uma ordem legal tendente a abarcar todas as situações da vida social. Contudo, a partir dos mesmos estudos historiográficos e sociológicos aqui revisados, é possível partir para a conclusão de que o percurso da semântica local de experiência do liberalismo e de constitucionalismo caminhou, junto às disputas em torno da questão escravista brasileira, ao lado da modernização de relações jurídicas arcaicas, como se disse, avançando o Estado sobre relações antes tomadas como privadas e consuetudinárias, para emergir como árbitro das relações de trabalho e como artífice do desenvolvimento econômico. Ao mesmo tempo e, em relação simbiótica, com a modernização das fundamentações jurídicas sob novos contornos, vinculados ao discurso de cientificidade e do positivismo jurídico que viria encontrar seu maior momento nas discussões do século XX.

REFERÊNCIAS

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel. O Congresso de Viena, o tráfico de escravos e as consequências para Portugal e Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**: Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 1, n. 112, p. 701-713, 29 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 1995.

COSTA, Francisca Raquel da. **Escravidão e liberdade no Piauí oitocentista**: escravidão e liberdade no piauí oitocentista. 2017. 319 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Centro de Humanidades, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/35342/5/2017_tese_frcosta.pdf. Acesso em: 13 dez. 2022.

13 60 U.S. 393 (1856).

CPDOC. **Atlas Histórico do Brasil**: o fim da escravidão. O fim da escravidão. 2016. Disponível em: https://atlas.fgv.br/marcos/o-fim-da-escravidao/mapas/linha-do-tempo-do-fim-da-escravidao-nas-americas. Acesso em: 23 nov. 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Sobre os silêncios da lei: lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no brasil do século xix. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 45-60, 1985. Disponível em: http://dados.iesp.uerj.br/edicoes/?vn=28-1. Acesso em: 22 nov. 2022.

DAVIS, David Brion. **O problema da escravidão na cultura ocidental**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GOMES, Laurentino. **Escravidão Volume III**: da independência do brasil à lei áurea. São Paulo: Globo Livros, 2022.

GRINBERG, Keila. Reescravização, direitos e justiças no Brasil do século XIX. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org.). *Direitos e justiças no Brasil:* ensaios de história social. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

GRINBERG, Keila. Senhores sem escravos: a propósito das ações de escravidão no Brasil Imperial. **Almanack Brasiliense**, São Paulo, n. 6, p. 4-13, nov. 2007.

LARA, Silvia Hunold. O espírito das leis: tradições legais sobre a escravidão e a liberdade no brasil escravista. **Africana Studia**, Porto, v. , n. 14, p. 73-92, jul. 2010.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **Dados,** [S.L.], v. 48, n. 3, p. 611-653, set. 2005. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582005000300006.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A escravidão no Brasil**: ensaio histórico-jurídico-social, parte 1 - jurídica. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1866. 230 p. 2 v. 1ª parte. Disponível em: https://books.scielo.org/id/kbxjh. Acesso em: 20 nov. 2022.

MATHEUS, Marcelo Santos. Frank Tannenbaum e os direitos dos escravos: religião e escravidão nas américas. **Afro-Ásia**, Salvador, v. , n. 51, p. 213-250, 06 abr. 2015. Universidade Federal da Bahia. http://dx.doi.org/10.9771/aa.v0i51.17662. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/17662. Acesso em: 22 nov. 2022.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. **Corcundas e constitucionais**: a cúltura política da independência (1820-1822). Rio de Janeiro: Revan; Faperj, 2003.

NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar?: constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século xix para o século xx no brasil. **Revista Brasileira de Ci-**

ências Sociais, [S.L.], v. 30, n. 88, p. 05-27, 2 jun. 2015. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.17666/308805-27/2015. Disponível em: https://doi.org/10.17666/308805-27/2015. Acesso em: 23 nov. 2022.

PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da Casa Imperial:** jurisconsultos, escravidão e a Lei de 1871. São Paulo: UNICAMP, 2001, 279-282.

SANTANA, Rogério Barreto. **Caminhos para a liberdade**: perdigão malheiro e o problema da escravidão nas linguagens do ideário político e antiescravista, 1863-1872. 2018. 238 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em História, Departamento de História, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2018. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/10615. Acesso em: 22 nov. 2022.

SCHWARZ, Roberto. **As ideias fora do lugar**: ensaios selecionados. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SILVA, Carlos Augusto. O Estado brasileiro e o racismo contra os afrodescendentes: questões jurídicas atuais. **Revista Videre**, v. 4, n. 7, p. 96–114. jan./jun. 2012. Disponível em: https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/1720. Acesso em: 13 dez 2022.

Revista Brasileira de Ciências Sociais, [S.L.], v. 30, n. 88, p. 05-27, 2 jun. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: https://doi.org/10.17666/308805-27/2015. Acesso em: 23 nov. 2022.

SILVA, Carlos Henrique Antunes da. **As ações de liberdade no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro no período entre 1871 e 1888**. Curitiba: Appris, 2020.

SILVA JUNIOR, Waldomiro Lourenço da. **História, direito e escravidão**: a legilsação escravista no antigo regime ibero-americano. São Paulo: Annablumem Fapesp, 2013.

SOARES, Caetano Alberto. **Memoria para melhorar a sorte dos nossos escravos**: lida na sessão geral do instituto dos advogados brasileiros no dia 7 de setembro de 1845. Rio de Janeiro: Typ. Imparcial de Francisco de Paula Brito, 1847.