

LEGISLAÇÃO SOBRE ESCRAVIDÃO NO REINO E NA AMÉRICA PORTUGUESA

LEGISLATION ON SLAVERY IN THE KINGDOM OF PORTUGAL AND PORTUGUESE AMERICA

*Daniel Nogueira Chignoli**

Resumo:

O artigo apresenta uma análise das fontes primárias, nomeadamente as Ordenações Filipinas, que regulavam a escravidão no Reino e na América portuguesa, bem como tem por objetivo retratar a dicotomia entre as formas jurídicas em que o escravo aparece como sujeito de direito e como objeto de direito.

Palavras-chave: América Portuguesa. Direito português. Escravidão. Sujeito de direito. Objeto de direito.

Abstract:

This paper presents an analysis of primary sources, namely The Philippine Ordinations, which regulated slavery in the Kingdom of Portugal and Portuguese America. Furthermore, it has the goal to depict dichotomy between legal forms in which slaves were considered as subjects of Law or beings.

Keywords: Portuguese America. Portuguese Law. Slavery. Subjects of Law. Objects of Law.

1. Introdução

A legislação colonial no Brasil reguladora da escravidão apresentava-se de maneira errática nas Ordenações Filipinas. Além desse documento, há outros aditamentos às Ordenações e às leis que tratavam desse assunto durante o período colonial. Nesse sentido, é importante ressaltar que o escravo era um bem, uma propriedade, um objeto de direito, mas, paralelamente, era sujeito de direito para sofrer as sanções do direito penal elencado no Livro V das Ordenações. Assim sendo, a América Portuguesa herdou um instituto jurídico legado de Portugal que confundia a classificação de objeto e de sujeito de direito, de acordo com o ramo jurídico em que se enquadrava a norma: no Direito Privado, o escravo era, majoritariamente, objeto de direito; no Direito Público, ele era sujeito de direito.

* Doutorando em Direito Civil, subárea História do Direito e Mestre em Direito Civil, subárea História do Direito, pela FDUSP.

2. As vedações a que as pessoas escravizadas estavam submetidas

Antes do Livro V, as Ordenações eram bem claras naquilo que o escravo não poderia fazer, para evitar qualquer dúvida de que ele seria um sujeito de direito. Dessa forma, o Título 9º do Livro III, que tratava dos que não poderiam ser citados por causa de seus ofícios, pessoas, lugares ou por alguma outra coisa, aduzia que o preso ou encarcerado em cadeia pública por autoridade de Justiça não poderia ser citado. Nesse sentido, o escravo, mesmo preso, e, nesse contexto, considerado sujeito de direito para ser detido, não poderia sê-lo no processo, por impossível ser objeto de citação.

O escravo, outrossim, não podia ser testemunha, nem ser perguntado sobre fato jurídico algum, salvo quando houvesse expressa previsão legal. Novamente, havia uma figura com muito hibridismo jurídico, na medida em que o escravo pode ser testemunha, ainda que objeto de direito, se assim permitisse a lei. Não obstante isso, a legislação não dizia quais garantias ou direitos teria essa pessoa como testemunha. Além disso, as Ordenações tratavam do escravo branco cristão, que poderia ser testemunha de delito em que fosse partícipe (Ord. Filipinas, Livro III, Tít. 56).

Nesse mesmo sentido, as Ordenações proibiam, ao lado do herege, do apóstata e do religioso professo, todos sujeitos de direito, o escravo de fazer testamento. Dessa forma, é possível inferir se havia, ao ser equiparado a outros sujeitos de direito, a compreensão dessa possibilidade ao escravo. Nesse sentido, o escravo não podia ser testemunha de testamento, mas se ele, reputado por livre ao tempo do testamento, fosse nele testemunha, e depois se achasse cativo, não seria um empecilho à validade daquele instrumento. Em se tratando de Codicilos, que era o pequeno testamento de última vontade, havia a possibilidade da participação do escravo, caso “vierem neles quatro testemunhas (quando se fizerem), homens, ou mulheres, maiores de quatorze anos, livres, ou por tais reputados” (Ord. Filipinas, Livro IV, Tít. 31, 35 e 36). Finalmente, havia momentos em que o testemunho do escravo, ainda que não fosse assim chamado pelas Ordenações, foi reconhecido e extremamente necessário, como a declaração dessa pessoa de quem era o seu senhor. As Ordenações lecionavam que, como muitas vezes os escravos não queriam dizer de quem eram propriedade ou mentiam sobre esse fato, deveriam ser trazidos frente ao Juízo para que dissessem quem eram seus donos e, caso ainda se recusassem ou mentissem, fossem açoitados e passassem por tormentos, sem apelação ou agravo, provavelmente interpostos por um curador. Nesse mesmo sentido, se algum escravo fosse preso na cidade de Lisboa, antes de ir para a cadeia, deveria ser levado a um juiz que lhe faria as perguntas necessárias para saber por que anda fugido, e disso seria tomado nota (Ord. Filipinas, Livro V, Tít. 62). Certamente, para ser reconhecido como escravo e como propriedade de alguém, o testemunho do escravizado valia e era imprescindível para o direito português, a ponto de, se necessário, ser utilizado a tortura para obtê-lo, bem como

deveria ser essa declaração documentada, como prova da propriedade. Não é exagero inferir que, nesse caso, o escravo era sujeito de direito para, paradoxalmente, confirmar-se como objeto de direito, o que demonstra as contradições do sistema escravista.

3. Os negócios jurídicos envolvendo pessoas escravizadas

O Livro IV das Ordenações Filipinas tratava de institutos do direito privado, como a compra e venda, e há muitas menções à figura jurídica da escravidão. O Título 17 prescrevia os direitos dos compradores de escravos, ou bestas, para poderem enjeitá-los, devido à doença ou outros problemas. Dessa maneira, qualquer pessoa que comprasse algum escravo doente, cuja enfermidade afetasse sua força de trabalho, poderia devolvê-lo ao vendedor originário, provando que já era doente antes da compra, desde que esse vendedor fosse citado em até seis meses depois que o escravo fosse entregue ao novo dono. Em contraposição, se a doença não afetasse, “for tão leve”, o serviço do escravo, não haveria direito nem à devolução, nem a pedir a revisão do preço da compra. Se a doença engendrasse o falecimento do escravo, haveria a possibilidade de pedir o dinheiro pago de volta. Do mesmo modo, se o escravo tivesse algum vício de ânimo, não poderia ser devolvido, exceto se o vício fosse o de ser fugitivo; nesse caso, em caso de fuga, seria possível pedir a quantia da compra de volta, ou se esse vício não fosse informado pelo vendedor; por outro lado, se o escravo vendido estivesse condenado à morte ou se “tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida”, caberia devolução se o vendedor não informasse essa condição ao comprador. Por outro lado, se o vendedor afirmasse que o escravo que vendera sabia alguma arte ou habilidade, como pintar, esgrimir, cozinhar, mas fosse descoberto que era mentira, haveria o direito à devolução.

Há uma exceção para os escravos da Guiné, que se diferenciariam dos demais existentes no Reino, já em consequência da expansão marítima portuguesa. Se o escravo fosse da Guiné, haveria apenas um mês para que o comprador denunciasse o negócio. Finalmente, as Ordenações ditavam que suas disposições não valeriam apenas para a compra e venda, mas também para troca e escambo, ou qualquer outra troca de mercadorias em caráter comercial, excetuando-se desse rol a doação (Ord. Filipinas, Livro IV, Tít. 17).

Consequentemente, o escravo servia como objeto de direito para ser força de trabalho personificada, seu valor e sua efetividade como mercadoria a ser protegida pela compra e venda valia tanto quanto a força de trabalho que ele podia disponibilizar ao seu comprador. Além da proteção do direito das Ordenações em relação à boa-fé do comprador, essa proteção existia apenas se essa transmissão de força de trabalho personificada também não estivesse garantida, pois se o vendedor omitisse algum problema com a pessoa do escravo, mas essa dificuldade não afetasse o trabalho comprado e corporificado, não

haveria possibilidade de devolução e nem a má-fé do comprador seria sancionada. Do mesmo modo, os vícios que não prejudicassem o escravo como força de trabalho contínua não seriam motivos para o desfazimento da compra e venda, mas a fuga, que afetava a propriedade e a exploração daquela força de trabalho corporificada, era motivo para a reversão do negócio jurídico, assim como a depressão profunda que levaria a tendências suicidas. De outro norte, essa força de trabalho personificada e mercantilizada deveria ser comprada e vendida pelo preço justo em relação ao trabalho que pudesse desempenhar. Assim sendo, se o escravo fosse vendido sob a descrição de que poderia trabalhar e produzir mais do que realmente conseguisse, haveria a possibilidade de ser devolvido pelo valor comprado ao vendedor. O escravo era, em resumo, força de trabalho corporificada e quantificada; o que o direito das Ordenações procurava proteger, portanto, era essa força de trabalho e a transmissão dessa capacidade de produzir do comprador para o vendedor.

4. O Direito penal para as pessoas escravizadas

O Livro V tratava dos delitos e das penas da legislação portuguesa. Nelas, o escravo era sempre entendido como sujeito de direito. Não obstante isso, havia disposições específicas a respeito. O escravo, cristão ou não, que arrancasse arma contra seu senhor, seria atezado, teria suas mãos decepadas e morreria “morte natural na forca para sempre”, e se ferisse seu senhor sem o matar que “morra morte natural”, e se não o ferir, que “seja açoitado publicamente com baraço e pregão pela Villa e seja-lhe decepada uma mão” (Ord. Filipinas, Livro V, Tít. 41). Havia, claramente, o interesse em prevenção geral negativa para proteger o vínculo de subordinação entre senhor e escravo e prevenir rebeliões ou motins. Nesse contexto, o escravo era mais que um sujeito de direito qualquer, pois cometia crime próprio, por não haver mais quem no direito colonial fosse subordinado a um senhor. O bem jurídico tutelado não era só a vida ou a integridade física do proprietário, mas também e principalmente a manutenção da ordem pública escravista. Nesse título, repousavam a necessidade de se manter a estabilidade e a ordem pública, protegendo a propriedade dos escravos, bem como a preocupação que esse sistema de propriedade de corpos humanos engendrava no tecido social, a ponto de haver um tipo penal específico, cuja sanção era a pena capital, adicionada de tortura.

Constata-se, também, que o escravo era, ainda, passível de ser objeto de direito em crime, como prescrevia o Título 62 do Livro V. Nesse sentido, as Ordenações diziam que, se algum escravo fugido fosse achado, aquele que o fizesse teria o dever de avisar a autoridade competente, em até quinze dias, sob pena de ser condenado por furto. Em contrapartida, a pessoa que cumprisse a lei e avisasse o Juiz seria remunerada em vinte réis por dia em que passasse com o escravo sob sua responsabilidade, bem como uma recompensa de trezentos réis se o escravo fosse negro e de mil réis se o escravo

fosse branco ou da Índia. Desse modo, havia uma diferenciação na valoração do escravo negro em relação aos demais, caracterizados como “brancos ou da Índia”, bem como uma recompensa para o indivíduo que cumprisse a lei e notificasse a fuga do escravo, mesmo sem a necessidade de que houvesse prévia promessa de recompensa. Assim sendo, ao Estado português importava tanto evitar a fuga de escravos e manter a escravidão que o próprio governo instituiu normas que recompensavam os que cooperavam com esse regime, assim como sanções para aqueles que rompessem com aquela ordem jurídica, mesmo sendo livres.

O Livro V das Ordenações tratava de casos de escravidão típicos do Reino de Portugal, como a escravidão de judeus e de mouros. O Título 63 asseverava que nenhuma pessoa seria levada fora do Reino para se ver livre do cativo, e aqueles que concorressem para isso, mesmo que apenas lhes mostrando os caminhos sofreriam sanções: se fosse cristão, seria degradado ao Brasil para sempre; se fosse judeu ou mouro, seria cativo do senhor de escravo. O direito das Ordenações, assim, preocupava-se com a destruição de riqueza que representava a abdução de escravos para fora do reino, na medida em que os capitais imobilizados naquele ser humano seriam destruídos, se ele se tornasse livre.

Havia, igualmente, preocupações de ordem pública, devido à proibição de que nenhum escravo nem escrava, branco ou preto, vivesse sozinho em casa; e, se o seu senhor assim consentisse, deveria pagar uma multa, e o escravo seria preso e açoitado. Da mesma forma, pretendia-se que nenhum mourisco, nem negro, que fosse cativo e que se tornara livre, homem ou mulher, abrigasse em sua casa algum escravo, ou dinheiro que esses cativos lhe pudessem dar, nem comprasse coisa alguma, sob risco de pagar multa e outras penas. Além disso, na cidade de Lisboa e seus arredores, não deveria haver ajuntamento de escravos, nem festas, de dia ou de noite, nem em dias de semana ou em dias santos, sob pena de que fossem todos presos e pagassem uma multa (Ord. Filipinas, Livro V, Tít. 70). Ressalte-se, desse modo, que o risco do surgimento de comunidades de forros ou fugitivos era real, mesmo no território metropolitano de Portugal, a ponto de ser uma preocupação de seu direito penal. Para evitar essa situação, era necessário controlar os escravos, evitar que vivessem sozinhos e que guardassem seus pertences e valores com pessoas de confiança, em busca de uma futura alforria ou fuga. Além disso, perseguir as manifestações culturais era um indício de que a sociedade portuguesa não seria tão homogênea quanto a princípio se pudesse crer, pois havia o intuito de reprimir reuniões de culturas diferentes da cristã e lusitana. É plausível pensar que a sociedade portuguesa fosse bastante diversa em Lisboa, devido ao comércio e a escravidão da África, de judeus e mouros, que traziam para a capital uma miríade de culturas diferentes, que eram vistas com receio pelas autoridades do Reino, o que justificaria a repressão a reuniões dessas

peças ou dessas culturas; os quilombos, portanto, não eram uma realidade apenas colonial, mas também uma preocupação no território metropolitano.

Ainda no contexto de supressão da cultura estrangeira e preocupação com a valorização do *ethos* cristão da sociedade lusitana, as Ordenações tratavam da necessidade de batismo dos escravos da Guiné. Prescrevia aquele texto que qualquer pessoa que tivesse escravos da Guiné deveria batizá-los e ensinar-lhes a fé cristã, no prazo de seis meses, sob a pena de perdê-los para quem denunciasse que isso não ocorria. Em contrapartida, se algum dos escravos maior de 10 anos não quisesse tornar-se cristão, mesmo sob a insistência de seu senhor, deveria ser trazido ao padre da freguesia para ser repreendido. Finalmente, os escravos menores de 10 anos não tinham escolha e deveriam ser batizados em até um mês, bem como aqueles que nascessem escravos (Ord. Filipinas, Livro V, Tít. 99). Havia, conseqüentemente, uma política de Estado de imposição à fé cristã e os valores da sociedade lusitana àqueles que foram trazidos a ela em cativeiro. Isso explica a construção de igrejas para escravos, missas e sermões cujo assunto principal era a escravidão. O escravo era um objeto de direito, mas podia ser batizado, ser transformado em cristão, algo impensável para as outras mercadorias às quais era equiparado. Nesse sentido, o escravo aproximava-se do sujeito de direito e, até mesmo, partilhava da mesma religião que esse. Não obstante isso é possível presumir que o batismo não servia para aproximar o escravo da liberdade, mas para mantê-lo cativo, apagando sua origem e cultura e impondo-lhe uma ordem de coisas exógena, estranha, à qual ele devia obediência.

5. Diferenças entre MetrÓpole e América Portuguesa

5.1. Legislação sobre o Quilombo dos Palmares

Analisando os dispositivos das Ordenações Filipinas que tratavam da escravidão, é possível constatar semelhanças e diferenças em relação aos escravos no território metropolitano de Portugal e no Brasil. Em ambos os casos, o escravo era um objeto de direito sem a faculdade de testar ou de, a princípio, ser testemunha de processo, bem como sua compra e venda representar o negócio jurídico de mercantilização de força de trabalho corporificada. Da mesma forma, em ambas as regiões havia a necessidade de se batizar os escravos sempre que possível, bem como o receio de que essas pessoas formassem grupos, quilombos ou colônias, ou se organizassem para celebrar sua cultura ou para fugir. Todas essas manifestações eram severamente punidas, assim como eram os cúmplices dessas condutas, mesmo que fossem livres e cristãos. Em contrapartida, como diferença, havia a presença de escravos judeus, mouros e da Índia, além dos escravos da Guiné, no Reino de Portugal, e era feita diferença entre eles, com os escravos originários da Guiné valendo menos. De qualquer forma, a escravidão era uma característica

importante na sociedade portuguesa seja no território europeu, seja na América, a ponto de ser regulada em diferentes livros e títulos das Ordenações Filipinas.

A situação começou a mudar com o desenvolvimento da América portuguesa, que vai tornando a sociedade do Brasil mais complexa, e aditamentos específicos sobre a situação naquela colônia são constituídos para as Ordenações Filipinas. É o caso do Alvará de 10 de março de 1682, que regulou a liberdade e cativo dos negros apreendidos na rebelião de Palmares, na Capitania de Pernambuco, bem como a regulação da escravidão, que foi feita como um aditamento ao Livro IV das Ordenações Filipinas.

Esse alvará procurou dar “pronto remédio sobre os negros fugidos para o Sertão”. Em realidade, esse documento buscava proporcionar estabilidade às relações de propriedade que existiam na Capitania de Pernambuco, após a destruição do Quilombo dos Palmares. Nesse sentido, determinou-se que todos os negros ou mulatos que, antes de haverem ido por qualquer causa para os “Palmares”, eram livres, permaneceriam livres após o fim do quilombo, bem como aqueles que nasceram no quilombo filhos de moradores livres. Do mesmo modo, aqueles que eram cativos antes do quilombo ou que nasceram de cativos no quilombo seguirão escravos (Ord. Filipinas, Adit. ao Livro IV, Alvará de 10 de março de 1682).

Igualmente, os que eram livres e foram cativos no Quilombo seguiriam livres por ofício de juiz, bem como aqueles que não pudessem provar por fato notório, teriam advogado custeado pela Fazenda do Reino, se ficasse provado que não possuíam meios para pagar por sua defesa, para provarem que eram livres antes de irem ao Quilombo. Em contrapartida, estando de fato livre aquele que era escravo, o seu senhor tinha o prazo de cinco anos para reivindicá-lo; após esse prazo, perdendo o direito à ação por “não ser conveniente ao Governo político do dito meu Estado do Brazil que por mais do dito tempo seja incerta a liberdade nos que possuem, não devendo o descuido ou negligência, fora dele, aproveitar aos Senhores”. Regulou-se, também, aqueles que, antes de irem para Palmares, eram réus. Se voltassem voluntariamente e ninguém os acusasse de nada, estariam perdoados, se voltassem à força, seriam castigados de acordo com suas culpas, agravada pela fuga para Palmares (*Ibid.*).

Não obstante isso, a pena mais grave recaiu sobre todos. Tanto os cativos quando os que fossem livres não poderiam mais ficar no Brasil, bem como os filhos maiores de 7 anos, por temor que a fuga venha a se repetir, pois “aos menores é jurídico o temor da imitação aos pais, herdada por sangue e derivada por natureza”. Desse modo, os que eram livres serão notificados para que saíssem do Brasil em determinado prazo, com pena de açoites e galés, bem como os donos dos cativos também seriam notificados para que procedessem da mesma forma com seus escravos, sob o risco de perderem-nos para a Fazenda Real, se esses escravos permanecessem no Brasil. Além disso, o referido alvará

determinava que fosse instituída uma devassa sobre os ditos “Negros de Palmares”, onde quer que estivessem, a respeito do crime de traição.

Em consequência, a revolta do Quilombo dos Palmares teve influência significativa sobre o direito português. Isso é tão patente que até mesmo um alvará foi feito como aditamento ao Livro IV das Ordenações Filipinas, a fim de regular as relações após o fim do Quilombo. No que se refere às relações de propriedade, o intuito desse alvará foi manter o *status quo ante*, de maneira a manter a liberdade de quem era livre e manter o cativo de aquele que era cativo; havendo, entretanto, uma inovação no direito português: a estipulação de um prazo para a prescrição da escravidão, de cinco anos, caso não houvesse nenhuma reclamação. No contexto da manutenção da ordem pública, o Estado Português demonstrou que a revolta dos Palmares não foi algo de menor importância. A disposição de mandar todos os envolvidos moradores do quilombo, livres ou não, para fora do Brasil foi um exemplo do temor da Coroa de que essa situação se repetisse. Além disso, o Alvará deu indícios de como o Quilombo dos Palmares era um ajuntamento complexo, em que conviviam negros que eram escravos e tornaram-se livres no quilombo, negros que eram livres e assim permaneceram, negros que eram escravos e voltaram a ser cativos em Palmares, negros que eram livres e foram cativos em Palmares, assim como brancos que também habitavam o quilombo. Embora a lei não descrevesse em detalhes quais eram as proporções dessas populações, todos foram punidos com o exílio da terra brasileira. Finalmente, havia, uma vez mais, a confirmação de que, para o direito penal português, o escravo era sempre sujeito de direito, na medida em que todos os Negros de Palmares enfrentariam não somente as penas, mas também o processo penal, uma devassa a respeito do crime de traição, constituído em regime de exceção para a questão do quilombo da Serra da Barriga.

5.2. Legislação sobre indígenas

Outra mudança que a realidade da América portuguesa ensejou no direito da escravidão foi em relação ao indígena. Como já exposto, as Ordenações Filipinas tratavam dos escravos judeus, mouros, da Índia e da Guiné, mas não havia disposições sobre as populações indígenas que habitavam o território do Brasil. Em contrapartida, a escravidão indígena era praticada com relativa continuidade, principalmente durante as invasões holandesas no Nordeste e Angola, o que engendrou a diminuição e o encarecimento da mão de obra escrava africana, favorecendo expedições bandeirantes de escravização de indígenas. O Tratado dos Índios do Brasil, o Alvará de 6 de junho de 1755, que dispunha para que todos os índios do Grão-Pará e Maranhão fossem considerados livres sem dependência de mais prova, fazendo com que houvesse a presunção de liberdade, ainda

que fossem réus, tornou essa uma regra geral de direito sobre a liberdade das pessoas (FREITAS, 2003).

Certamente, esse alvará não significou a abolição da escravidão indígena, mas a existência de presunção em favor da liberdade do indígena. Dessa forma, a reescravização do indígena era mais difícil, assim como o seu cativo em caso de dúvida sobre ser livre ou escravo. Ainda assim, a hipótese de tornar o índio escravo, em caso de declaração de guerra justa, por exemplo, continuava existindo. Além disso, esse Alvará de 6 de junho de 1755 demonstrava como a população indígena do Brasil sofria com as expedições que buscavam escravizá-las, bem como eram afetadas pelos tormentos e indignidades do regime escravista tanto quanto a população vinda da África ou dela descendente: o aprisionamento, o transporte, o cativo, o traslado ao mercado, a quantificação de seu corpo, os castigos físicos, o desmembramento de sua família, a redução de sua individualidade e sua consequente reificação, perdendo sua autonomia e até mesmo autoconsciência. Não por acaso, os portugueses tratavam os índios pelo título de “negros da terra”, como uma população que pudesse ser dominada e até mesmo escravizada, transformada em mercadoria, para empregar sua força de trabalho conforme os desígnios do senhor europeu, fato que ocorreu continuamente, durante a história colonial, particularmente quando havia o encarecimento da mão de obra africana, ou em províncias mais pobres ou afastadas dos portos mais ricos, como o Recife, Salvador e Rio de Janeiro, de modo que apresentavam renda insuficiente para adquirir escravos africanos.

6. Mudanças do período pombalino

O período do ministério do Marquês de Pombal, durante o reinado de Dom José I, trouxe mudanças consideráveis na sociedade e no direito portugueses. O referido Alvará de 6 de junho de 1755 foi consequência desse período, confirmando o interesse modernizante de Pombal para regulamentar a questão da mão de obra indígena na América portuguesa, particularmente em regiões antes afastadas, como o Maranhão e o Grão-Pará, que, a partir daquele momento, a Coroa buscaria desenvolver.

Nesse mesmo sentido, foi promulgado o Alvará de 16 de janeiro de 1773, que aboliu a escravidão no Reino de Portugal e do Algarve. Antes, porém, o Estado português tomou providências para impedir o tráfico no território metropolitano, mediante o Alvará de 19 de setembro de 1761, em que se proibiu “que se possam carregar nem transportar escravos pretos de hum e outro sexo dos portos da América, África e Ásia para os destes Reinos de Portugal e do Algarve, ficando os contraventores sujeitos a severas penas”. O tráfico não aparentava ser um problema menor em Portugal naquela época, porque o texto do alvará de 1761 asseverava que há

muitos e grandes inconvenientes que resultam do excesso, e devassidão com que contra as Leis e costumes de outras Cortes polidas se transporta para estes Reinos um tão extraordinário número de escravos Pretos, que fazendo nos Meus Domínios Ultramarinos uma sensível falta para a cultura das Terras e das Minas, só vem a este Continente ocupar os lugares dos moços de servir, que ficando sem cômodo, se entregam à ociosidade e se precipitam nos vícios (Rio Maior 1940, p. 109-111).

Dessa forma, interpreta-se que a escravidão em Portugal prejudicava a produção nas colônias, pois transferia mão de obra dessas regiões para a metrópole e, paralelamente, era utilizada em serviços domésticos, sem relação com o aparato produtivo e deslocando mão de obra livre portuguesa que poderia ocupar esses ofícios. Disso é possível concluir que a mão de obra escrava era considerada mais econômica que a livre em Portugal, a ponto de substituí-la nos serviços domésticos, ainda no século XVIII, bem como era necessária para manter a produtividade das colônias, a ponto de o governo português confirmar essa hipótese nas razões do Alvará de 1761.

Em contrapartida, o texto do alvará de 16 de janeiro de 1773 revela muito da escravidão diferenciada e multiétnica que existia no território da metrópole e que as Ordenações retratam nos Livros IV e V. Esse alvará tratava dos

grandes inconvenientes que a estes reinos se seguiam de perpetuar neles a escravidão dos homens pretos, tive certas informações de que em todo o reino do Algarve, e em algumas províncias de Portugal, existem ainda pessoas tão faltas dos sentimentos de humanidade e religião, que guardando nas suas casas escravas, umas mais brancas do que eles, com nomes de – pretas e negras – para, pela repreensível propagação delas, perpetuarem os cativeiros por um abominável comércio de pecados e de usurpações das liberdades dos miseráveis nascidos daqueles sucessivos e lucrosos concubinatos; debaixo do pretexto de que os ventres das mães escravas não podem produzir filhos livres conforme o direito civil. (NABUCO, 2003).

Desse modo, havia o reconhecimento de que era considerado como preto ou negro, independentemente da cor de sua pele, aquele que fosse escravo no território metropolitano, bem como ser um pretexto a concepção de que o filho de uma escrava deveria ser escravo, não raramente essa situação sendo consequência de concubinato, em que o senhor tinha um filho com a escrava que mantinha cativa em sua casa, para ter um novo escravo a seu serviço. O ministério de Pombal buscou dar um fim a essa prática.

O texto do Alvará de 16 de janeiro de 1773 vai além ao dizer que:

Direito civil, de que se tem feito um tão grande abuso, que aos descendentes de escravos em que não há mais culpa que

a da sua infeliz condição de cativos, se atenda à infâmia do cativo, além do termo que as leis determinam contra os que descendem dos mais abomináveis réus dos atrocíssimos crimes de lesa-majestade divina e humana. E considerando as grandes indecências que as ditas escravidões inferem aos meus vassallos, as confusões e os ódios que entre eles causam, e os prejuízos que resultam ao Estado de ter tantos vassallos lesos, baldados e inúteis quanto são aqueles miseráveis que a sua infeliz condição faz incapazes para os ofícios públicos, para o comércio, para a agricultura e para os tratos e contratos de todas as espécies.

Assim sendo, houve o reconhecimento indubitável de que o Direito Civil estava sendo distorcido para manter uma situação de injustiça, contrária ao direito natural, indo de encontro ao que era o objetivo do Estado português do período pombalino. Além disso, havia a constatação dos malefícios da escravidão para uma nação que tinha por meta o desenvolvimento e a competição com as demais potências daquela época, como era o caso de Portugal em 1761, que tentava atualizar seu modelo de desenvolvimento econômico mercantilista, para diminuir a dependência da Grã-Bretanha e aumentar a produtividade nacional. Para nenhum desses objetivos, a escravidão no território português e do Algarve era necessária; pelo contrário, ela era um empecilho.

Por conseguinte, o alvará dispunha que:

Quanto ao pretérito, que todos aqueles escravos ou escravas, ou sejam nascidos dos sobreditos concubinatos, ou ainda de legítimos matrimônios, cujas mães e avós são ou houverem sido escravas, fiquem no cativo em que se acham durante a sua vida somente; que porém aqueles cujo cativo vier das bisavós fiquem livres e desembargados, posto que as mães e as avós tenham vivido em cativo: que, quanto ao futuro, todos os que nascerem, do dia da publicação dessa lei em diante, nasçam por beneficio dela inteiramente livres, posto que as mães e as avós hajam sido escravas; e que todos os sobreditos, por efeito desta minha paternal e pia providência libertados, fiquem hábeis para todos os ofícios, honras e dignidades sem a nota distintiva de – libertos – que a superstição dos romanos estabeleceu nos seus costumes, e que a união cristã e a sociedade civil faz hoje intolerável no meu reino, como o tem sido em todos os outros da Europa.

Por essas determinações, é possível inferir que a escravidão no território metropolitano de Portugal e Algarve acabaria em poucas gerações, pois ninguém mais nasceria escravo e todos aqueles que o fossem porque suas bisavós eram escravas, ainda que suas avós e mães também o fossem, estariam, igualmente, libertados. Além disso, o alvará acabava com a distinção entre o livre e o liberto, desprezando esse último instituto como “superstição dos romanos que a união cristã e a sociedade civil fazem

hoje intolerável no reino”. Finalmente, é importante ressaltar que esse alvará foi editado antes mesmo de acontecimentos históricos que advogariam pela abolição da escravidão, como a Revolução Francesa de 1789, e que houve uma política deliberada e gradual de abolição da escravidão e do tráfico no território de Portugal e do Algarve, ao longo de 12 anos, manejada por Pombal, que se inseria no contexto de modernização do Estado português. Inicialmente, por intermédio do Alvará de 1761, eliminou-se o tráfico em portos metropolitanos, após isso, por meio do Alvará de 1773, por abolida a escravidão, que aparentava ser residual, após doze anos de proibição do transporte de escravos para a metrópole.

Obviamente, é fundamental mencionar que todos os vícios apontados pelo Alvará de 1773 – a deturpação do Direito Civil, a escravidão como consequência do tráfico e de sucessivos concubinatos e a distinção entre livre e liberto – permaneceriam no território do Brasil até 1888.

Com o fim da escravidão no Reino de Portugal e do Algarve, restava uma grande estrutura escravista, particularmente na América portuguesa, da qual as Ordenações Filipinas não tratavam de maneira eficaz, em virtude de os dispositivos nelas contidos serem constituídos para a realidade da escravidão no território metropolitano, essencialmente urbana, utilizada no serviço doméstico e oriunda de diferentes origens, como a judia, a moura, a indiana e a africana. A escravidão no Brasil, por sua vez, era essencialmente rural, embora houvesse escravos nas cidades, particularmente nos grandes portos da colônia, como Recife, Salvador e Rio de Janeiro, utilizada na grande lavoura monocultora de exportação e ainda que oriunda de diferentes origens africanas, consequência de um processo que apagava essas identidades de maneira a ser possível identificar uma única origem da pessoa que era traficada como um escravo negro africano, processo que ocorria, também, com a escravidão indígena, em relação às diferentes tribos e etnias às quais pertenciam os indígenas escravizados. Dessa forma, as Ordenações Filipinas eram lacunosas a esse respeito, sendo necessário o estudo de outras fontes do direito que regulassem a escravidão no Brasil, no âmbito do direito privado, na medida em que o Estado português insistia no escravismo para suas colônias, embora o caracterizasse como uma distorção do direito privado e uma superstição romana quando ocorrido no território metropolitano.

Para as lacunas das Ordenações Filipinas, havia o direito romano, denominado Leis Imperiais, para resolver a questão (Ord. Filipinas, Livro III, Tít. 61). Nesse sentido, era esse direito que regulamentava a escravidão no Brasil, mediante institutos como a alforria e a manumissão, que deixavam o escravo livre, podendo ocorrer a título oneroso ou gratuito. A título gratuito por ato entre vivos ou por disposição de última vontade. Além disso, a alforria poderia ser dada mediante fideicomisso a prazo, ou debaixo de condição, o que engendrava um estado médio entre a escravidão e a

liberdade, denominado estado-livre, para a pessoa destinada a ser livre depois de certo tempo, ou depois do cumprimento de condição (FREITAS, 2003). Da mesma maneira, o digesto asseverava que não havia alforria se o senhor, não tendo a intenção de libertar seu escravo, mas só a isentá-lo do castigo, declarasse falsamente em juízo que é livre. Essas disposições sobre a limitação da alforria e da manumissão, bem como a questão do estado-livre e da manutenção da escravidão mesmo quando o dono mentisse em juízo dizendo que o escravo era livre permaneceriam na América portuguesa e no Brasil independente, devido às disposições das leis romanas.

Não obstante isso, muito antes, em 18 de agosto de 1769 durante o período pombalino, foi editada a Lei da Boa Razão, que limitava o escopo do direito romano, de maneira a não fazer valer, completamente, o que estava previsto pelas Ordenações Filipinas, no Livro III, no preâmbulo do Título LXI. Essa lei asseverava que o direito romano deveria ser guardado apenas com base na boa razão em que é fundado, sendo indesejáveis as normas que tiveram por fundamentos costumes romanos que nada podem ter em comum com os das nações que habitavam a Europa em 1769; sendo, portanto, da gentilidade dos mesmos romanos e inteiramente alheias da cristandade dos séculos. Além disso, Dom José I, na Lei da Boa Razão, assentia que seus vassallos não podiam ficar entregues a disposições e a confusões de leis mortas e quase incompreensíveis daquele “Império extinto depois de tantos séculos”. Ainda assim, essa mesma lei dispunha que

e quando o caso, de que se trata, não for determinado por Lei, *stylo*, ou costume de nossos Reinos, mandamos, que seja julgado, sendo matéria que traga pecado por os Sagrados Cânones. E sendo matéria que não traga pecado seja julgado pelas Leis Imperiais, posto que os Sagrados Cânones determinem o contrário. (Ord. Filipinas, Adit. Livro III, 9º item).

Consequentemente, duas interpretações são possíveis: ou os dispositivos do Digesto sobre a escravidão valiam para regular esse instituto no Brasil, na lacuna das Ordenações Filipinas, ou os dispositivos do Digesto não refletiam a boa razão e os costumes das nações europeias daquela época, e a escravidão era ilegal.

7. Considerações finais

Certamente, ao analisarem-se os Alvarás de 1761 e de 1773 houve, evidentemente, a escolha política do Estado português pelo afastamento do Direito Romano para regular a escravidão na metrópole, por ser contrário à “boa razão”. Nesse contexto, a dicotomia inicial entre escravizado e livre, entre objeto e sujeito, também aparece como a dicotomia entre Reino e Colônia, entre legislação iluminista e legislação escravocrata. A escravidão no território do Reino de Portugal e Algarve era um acinte

ao Direito Civil e à boa razão das nações polidas da Europa e deveria ser condenada, assim como o tráfico que a alimentava; o Direito Romano, portanto, é uma superstição antiga e inócua, nessa conjuntura, e a escravidão deveria ser abolida. Não obstante isso, não foi essa a interpretação que vigorou na América Portuguesa. O Digesto regulou o escravismo brasileiro em todas as possibilidades em que houvesse o silêncio das Ordenações, o que acontecia bastante, fazendo com que o *status* de escravo para o filho da mulher que fora escravizada fosse mantido e que uma população inteira de seres humanos fosse considerada objeto de direito, embora, por vezes, fosse reconhecida como sujeito de direito, rotineiramente para sofrer as penas do Direito Penal. Da mesma forma, as barreiras que o Direito Romano impunha à alforria e à manumissão, bem como figuras que dificultavam a libertação do escravo e que criavam o instituto do estado-livre, como a alforria em fideicomisso permaneceriam no direito aplicado no Brasil, durante o período colonial, regulando o escravismo.

Pior, o Estado independente que emergiria sob a proteção de D. Pedro I permaneceria ignorando o direito europeu e das nações polidas, bem como a boa razão, pois manteve o digesto romano regulando muito do escravismo praticado no território autônomo de Lisboa a partir de 1822. Dessa forma, a parte do Direito Romano expurgada de Portugal e da Europa, em relação ao tratamento da escravidão, era considerada pleno direito vigente na América Portuguesa e, posteriormente, no Império do Brasil, assim como o escravo podia ser considerado objeto de direito no âmbito do Direito Privado e sujeito de direito no contexto do Direito Penal. Consequentemente, o direito funcionou como uma forma jurídica, desde o período colonial, para justificar o surgimento e a reprodução constante do escravismo no território do Brasil, como modelo econômico predominante.

São Paulo, abril de 2019.

Referências

- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Ed. fac-símile.
- MENDES, Cândido. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomatico, 1870.
- NABUCO, Joaquim, *O Abolicionismo*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Edições do Senado Federal; 7).
- RIO MAIOR, João de Saldanha Juzarte D'Oliveira e Sousa, Marquês de. *O Marquês de Pombal e a repressão da escravatura, a obra e o homem*. Comunicação ao Congresso do Mundo Português. Lisboa: Comp. e imp. na Tipografia Inglesa, 1940. v. 8.