





*Escravatura, abolicionismo
e liberalismo jurídico:
novas formas de acesso à liberdade*



Escravidão e direitos fundamentais no século XIX

Cristina Nogueira da Silva*

p 231-254

O pensamento constitucional oitocentista construiu-se a partir de princípios e conceitos que facilmente identificamos com os do actual pensamento constitucional. Direitos fundamentais, limitação dos poderes, representação política da Nação são fórmulas constitucionais familiares. Contudo, a historiografia mais recente tem mostrado os diferentes significados e as consequências institucionais diversas que resultaram da vigência desses princípios no século XIX. Sabe-se, por exemplo, que nem sempre os conceitos de representação política afastaram noções mais antigas de representação, que nelas estavam implicadas noções sobre o voto diferentes das contemporâneas; que os direitos fundamentais declarados nas Constituições tinham um alcance limitado, porque dependiam da lei para adquirirem valor jurídico; e que não tinham a protegê-los mecanismos de revisão constitucional da lei semelhantes aos actuais tribunais constitucionais (Fioravanti, 1995). Além destas diferenças, de que aqui não nos vamos ocupar (Garriga, 2007; Hespanha, 2009), o constitucionalismo de oitocentos confrontou-se com problemas cuja solução deu origem a formas e estatutos jurídico-constitucionais ainda mais distantes do constitucionalismo contemporâneo. Um desses problemas foi colocado pela preservação das instituições escravagistas nos espaços colonizados pelos países europeus. Como exprimir essa presença em textos constitucionais que tinham como pressuposto doutrinário o princípio de que a liberdade era um direito individual anterior? A esta pergunta, um conhecido jurista português de meados do século XIX, Martens Ferrão, respondeu que, com aquela declaração, “as Constituições de toda a Europa[...]têm tornado a escravidão um impossível legal”¹. Mas a verdade é que não foi isso que sucedeu. Não foi, de facto, impossível, porque a escravidão e os estatutos a ela associados permaneceram, até bem tarde (em Portugal, até 1875) instituições reguladas pelo direito positivo, em parte pelas *Ordenações do Reino* e pela legislação colonial de Antigo Regime (Lara, 2000), em parte,

* Professora Auxiliar, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ V. DCD (Diário da Câmara dos Deputados), Ses. 7 de Março de 1856, p. 75.

já no século XIX, pela legislação abolicionista (Marques, 2008). O facto de se ter declarado a liberdade como um direito nas Constituições não teve como resultado imediato a abolição das instituições escravagistas nem deu origem a reflexões doutrinárias sérias sobre a “inconstitucionalidade” dessas instituições. Sendo assim, o que pretendo mostrar neste texto é, por um lado, o conjunto de soluções encontradas pelas assembleias constituintes da época para contornar os problemas colocados pela preservação de estatutos como o do escravo ou o do liberto, nos momentos em que se discutiram os direitos e a cidadania, o que farei na primeira parte. Procurarei, depois, na segunda parte, mostrar que, apesar das perplexidades e das incomodidades que a questão da escravidão colocou à cultura jurídica e constitucional de oitocentos, era possível encontrar nela elementos que permitiam acomodar, ainda que com tensões, as instituições escravagistas.

As soluções encontradas para resolver, no plano constitucional, o problema da escravidão, foram diversas e variaram ao longo do tempo. O primeiro constitucionalismo norte-americano, por exemplo, foi abertamente escravagista, tendo a distinção entre pessoas livres e não livres sido claramente reconhecida em muitas das Constituições dos Estados que integraram a federação americana². O primeiro texto constitucional espanhol (Cádiz, 1812) também distinguiu entre homens livres e homens não livres, considerando que estes últimos eram nacionais mas não cidadãos espanhóis. Uma solução atípica, pois a distinção entre nacionais e cidadãos envolvia sempre a garantia dos direitos civis aos nacionais, reservando-se os direitos políticos aos cidadãos. Já o primeiro constitucionalismo francês começou por contornar o tema da escravidão mediante a não aplicação da sua primeira constituição (1791) às colónias. Essa opção foi, depois de um processo político conflitual, contrariada na Declaração de Direitos que precedeu a Constituição de 1793, na qual a escravatura foi abolida, mas para ser depois restabelecida por Napoleão, em 1802, e só ser definitivamente abolida em 1848 (Benot, 1989, 124 e ss.). Outras soluções foram ou a consagração, nas Constituições, do princípio de que as colónias deviam ser regidas por “leis especiais”³ ou o reconhecimento, nessa e em outras matérias, de poderes legislativos a assembleias coloniais que decidiriam sobre o estatuto das suas populações. A primeira assembleia constituinte francesa, por exemplo, concedeu aos colonos e seus descendentes o poder de decidir sobre o “governo interno” das colónias em assembleias legislativas coloniais por eles dominadas. Com isso, favoreceu a preservação da escravidão e de um estatuto pessoal próprio para os habitantes das colónias, que envolveu a limitação dos direitos políticos das populações livres de cor que ali residiam. Essa decisão estava de acordo com outros princípios políticos que a Assembleia tinha por vocação garantir, princípios que os colonos não deixaram de reivindicar a seu favor. A partilha de ressentimentos contra o “despotismo ministerial” de Antigo Regime e a adesão aos princípios da representação dos governados, do controlo dos governantes e da auto-organização das colectividades locais e regionais ajudaram, assim, a produzir uma “convergência contra-natura entre os colonos reaccionários e os revolucionários”, fazendo com que a Assembleia favorecesse a “contra-revolução” nas colónias mediante

2 Além disso os escravos contavam, na Constituição federal, para o cálculo da representação política, fazendo-se equivaler cada escravo a três quintos de um habitante livre, Dippel, 2007, 166.

3 Como em Espanha, onde o princípio, consagrado nas Constituições, desde a de 1837, de que “as províncias do Ultramar serão governadas por leis especiais” permitiu ao governo espanhol e às oligarquias crioulas conservar legislativamente o sistema escravagista em Cuba e Porto Rico (Alvarado Planas, 2001). Em França as colónias foram exceptuadas do regime comum na Carta Constitucional de 1814, que previa que elas se regessem “por leis e regulamentos particulares”, determinação recuperada em quase todas as posteriores Constituições. Em Portugal o Acto Adicional à Carta Constitucional consagrou, em 1852, o mesmo princípio.

a aplicação de princípios revolucionários válidos, numa situação onde os equívocos se sucederam (Benot, 1989, 50-55 ;189-191)⁴. Esta consagração de um regime jurídico especial como forma de preservar a escravatura nas colónias foi seguida por outros países europeus, como a Espanha. Era uma distinção importada do direito comum inglês e usada pelos colonos britânicos mas traduzível, como acabou de se ver, no vocabulário dos direitos da nova cultura política da Europa continental⁵.

Em Portugal o problema colocou-se durante a primeira assembleia constituinte, em 1821-22. Confrontados com o exemplo espanhol da Constituição de Cádiz, na qual desejavam inspirar-se, mas cuja Constituição distinguia entre homens livres e não livres, os deputados portugueses, entre os quais se contavam deputados eleitos na América, concordaram que essa distinção não podia admitir-se, por ser contrária às posições liberais da assembleia ⁶. Por isso, se, no art. 21 do Projecto de Constituição, se dizia que Portugueses eram todos “os homens *livres* nascidos e domiciliados no território português, e os filhos deles”, na redacção final afastou-se a palavra “livre” e fez-se constar da lista dos sujeitos que gozavam da condição de cidadão português os “escravos que alcançarem carta de alforria” (art. 21). Nesta discussão gerou-se, então, a primeira resposta do constitucionalismo português ao problema da escravidão, a sua omissão nos textos constitucionais. Se nesta primeira constituição a palavra “escravo” ainda surgiu, mas para designar o escravo que conseguisse a liberdade, o liberto, nas outras a própria palavra desapareceu, substituindo-se nelas a expressão “escravos que alcançarem carta de alforria” pela palavra “liberto”. Assim, embora todos estes textos tenham sido aprovados em épocas em que havia escravos nos territórios portugueses (só em 1869 se aboliu definitivamente a escravidão, convertendo-se todos os escravos em libertos, e só em 1875 se aboliu o estatuto de liberto), em nenhum deles se falou de escravos ou de pessoas não livres (Silva, 2009a, 239 e ss.). Nem a Constituição de 1838 nem a Carta Constitucional permitem perceber que, na altura em que foram aprovadas, residiam escravos em território português.

Os libertos foram considerados cidadãos em todas as Constituições portuguesas. Na de 1822 os “escravos que se alforriassem” não só eram cidadãos, como se viu, mas, além disso, podiam exercer todos os direitos políticos. Esta referência positiva à cidadania dos *libertos* foi a fórmula encontrada para reconciliar a assembleia com os seus princípios. Em primeiro lugar, ela convocava o mérito inerente à obtenção da alforria e, eventualmente, ao rendimento requerido para se ser eleitor ou eleito, como vários deputados sublinharam. Mas, além disso, o artigo onde se concedeu a cidadania aos libertos reforçava a segunda resposta gerada pelo constitucionalismo português (e também brasileiro) para lidar com o problema das instituições escravagistas, a ideia de transição. No solo português residiam e circulavam escravos, mas a tendência era que, à medida que se alforriassem, transitassem para a situação de liberto, tornando-se cidadãos. Não valia a pena, por isso, falar de escravos na Constituição, que se queria perene, contaminando-a com a referência a uma distinção que devia ser transitória. Esta explicação para a omissão do escravo, que se apoiava na ideia da transitoriedade da sua condição, coincide com a

4 A distinção entre governo “interno” e “externo” concedendo aos colonos a capacidade de legislar sobre o estatuto das pessoas foi também defendida no *Acto Adicional* proposto pelos deputados de S. Paulo nas Cortes vintistas, para dar um exemplo mais próximo.

5 “To make negroes into chattels when Britons no longer could be slaves was probably the most compelling reason for the British West Indians to have independent legislatures of their own”, Craton, 1996, 521. Nos EUA a Constituição também reconheceu aos diversos Estados poderes para decidir sobre a questão da escravidão.

6 “Confesso que me custa a sancionar este princípio [...] numa assembleia onde vejo residirem as ideias mais liberais”, v. DC-GECPN, Ses.1 Agosto 1821, 1768, Dep. Braancamp.

que foi sugerida, ainda que em tom crítico, por Joaquim Nabuco (1849-1910), um conhecido defensor da abolição da escravidão no Brasil, relativamente à Constituição brasileira de 1824, onde também não se falava de escravos, mas apenas de libertos (“A Constituição não falou em escravos, nem a condição desses. Isso mesmo era uma promessa, a esses infelizes, de que o seu estado era todo transitório”, Nabuco, 1883, 96-97). E à mesma solução recorreu, ainda no Brasil, o autor do primeiro projecto de um Código Civil brasileiro (Augusto Teixeira de Freitas, 1855), que omitiu nele a escravidão, remetendo-a para um “Código negro” transitório (Pena, 2001, 72).

A referência aos libertos na Constituição vintista também não foi totalmente pacífica, tendo havido desde o início propostas que iam no sentido da omissão dessa palavra na Constituição. Alguns deputados pronunciaram-se a favor dessa omissão, por acharem que a referência à condição do liberto evocava a existência da escravidão⁷. Borges Carneiro reflectiu sobre esse problema, ao criticar a solução, pretendida por outros deputados, de não se referir os libertos nos artigos constitucionais que definiam quem era cidadão português, compensando-se essa omissão com uma declaração explícita de não se excluírem os mesmos libertos do direito de votar⁸. Comentando esta hipótese, proposta no art. 33 do Projecto que se discutia, o conhecido deputado explicou que “como pois os libertos não são excluídos de votar, segundo aqui se acha mencionado no art. 33, e a razão disso é porque são cidadãos, pois sem isso não poderiam exercitar um direito político. Deve por consequência suprimir-se esta parte do art. 33, que diz poderem eles votar, e acrescentá-los no art. 21 ao número dos cidadãos portugueses. Nem se objecte que se não deve fazer na Constituição menção de libertos, porque com isto se consigna a escravidão. Não é assim. Faz-se menção neles, porque presentemente os há, e para enquanto os houver”⁹. E assim ficou na redacção final.

Os libertos eram parte de um grupo populacional importante na América, quer do ponto de vista demográfico, quer do ponto de vista da sua integração social, tendo ambos os factos contribuído para a sua inclusão. Nos anos seguintes, porém, o problema do estatuto do liberto – agora, com a independência do Brasil, apenas o liberto dos territórios africanos - viria a exigir novas reflexões, cujo resultado foi a sua progressiva inscrição, na Constituição de 1838 e na Carta Constitucional, na categoria dos cidadãos portugueses excluídos dos direitos políticos, menoridade política à qual a legislação veio depois acrescentar, no contexto do processo abolicionista, a menoridade civil. Assim, na Carta constitucional os libertos passaram a estar incluídos na categoria de cidadãos impedidos de votar directamente nas eleições de deputados. Tal como na Carta brasileira de 1824, que foi a matriz da portuguesa, apenas podiam votar nas assembleias primárias. Por outro lado, na Carta só se fez referência aos libertos no cap. V (Eleições). Aí admitiu-se o direito de voto nas assembleias primárias aos “cidadãos Portugueses, que estão no gozo dos seus direitos políticos”, e admitiu-se como regra, mas com algumas excepções, que todos os que estivessem incluídos nesse universo pudessem também ser eleitores e votar na eleição dos deputados. Entre os casos excepcionais contava-se o dos libertos, assim se confirmando a sua cidadania no próprio artigo em que eram impedidos de votar directamente na eleição dos deputados. Esta constitui a única referência aos libertos no texto

7 V., por exemplo, *DCGECNP*, Ses.17 de Abril de 1822, 839.

8 “Na eleição dos Deputados tem voto os Portugueses que estiverem no exercício dos direitos de cidadão [...]. Não são excluídos de votar os libertos e seus filhos”, Cap. I, art. 33, tal como surge redigido na Ses. 13 de Agosto de 1822, *DCGECNP*, 141.

9 *V. DCGECNP*, Sess. 13 de Agosto de 1822, 140.

constitucional. Concretizando-se, com ela, a solução doutrinal que Borges Carneiro tinha rejeitado nos anos '20: omitia-se a condição de liberto nos artigos sobre cidadania, onde ela era teoricamente dispensável, e fazia-se referência à sua condição especial no capítulo sobre eleições¹⁰. Nos anos '30 a Constituição de 1838, que introduziu as eleições directas, excluiu os libertos do exercício de todos os direitos políticos, e a mesma exclusão, que não encontrou equivalente no Brasil, viria a repetir-se no Acto Adicional à Carta, em 1852. Vários elementos permitem compreender esta alteração da condição dos libertos portugueses. Em primeiro lugar, os libertos a que se referia a Constituição vintista eram sobretudo os que residiam em território americano. Ou seja, pessoas que faziam parte da maior população livre de origem africana do continente americano (Matos, 2000, 7)¹¹. Estavam, como os outros “negros livres”, social e economicamente integrados, não obstante a sua discriminação sociológica e, no caso dos libertos, de algumas restrições no acesso a cargos públicos, determinadas nas *Ordenações Filipinas*, além da sujeição à regra da gratidão para com o seu antigo senhor, sob pena de re-escravização (Oliveira, 1988; Lara, 2000). Durante os debates vintistas chamou-se várias vezes a atenção para essa integração (Silva, 2009a, 337-356)¹². Temia-se ainda que, neste contexto, pudessem eclodir, na parte americana da Monarquia, desordens semelhantes às que tinham acontecido nas colónias francesas nos finais do século anterior, especialmente em S. Domingos¹³. Mas também a vontade que os deputados vindos do Brasil tinham de garantir que essa massa populacional contasse como base eleitoral para a eleição dos deputados ultramarinos terá tido um peso importante para a concessão da plena cidadania aos afro-descendentes livres. Sabia-se que o facto de não se ter concedido a cidadania espanhola aos “originários de África”, no art. 22 da Constituição de Cádiz, o que tinha implicado a não contabilização da população negra e mulata livre para o cálculo da representação do ultramar, no seu art. 29, tinha estado na origem de importantes discórdias entre os deputados espanhóis do ultramar e os deputados peninsulares. Sabia-se que isso tinha tido o seu peso nas insurreições que conduziram às independências na América espanhola (Valdês, s.d.; Valdês 2006). Os deputados vintistas não queriam reviver esta discórdia, pois estavam empenhados na viabilização de um “Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves”. Toda esta situação se alterou com a independência do Brasil. Mudou também a realidade sociológica de referência do texto constitucional, pois os libertos dos territórios africanos eram social e economicamente menos integrados do que os dos territórios americanos (Dias, 1998). A estes aspectos pode ainda acrescentar-se um outro, que foi o da tendência que se generalizou, a partir de meados do século XIX, a todos os países que tinham territórios ultramarinos, para reduzir os direitos dos antigos escravos. Nomeadamente em Inglaterra, onde as experiências abolicionistas já realizadas tinham dado origem, na sequência da recusa dos ex escravos a abandonar formas culturais de viver

10 Na verdade, ao optar pelo *ius soli* (eram cidadãos portugueses “os que tiverem nascido em Portugal, ou seus Domínios [...]”), a Carta não carecia de se referir ao caso especial dos libertos, Ramos, 1992, 21. O que nos permite pensar que a referência ao liberto na Constituição de 1822, onde os portugueses eram os “filhos de pai português”, pode assinalar a ideia de que os libertos não eram considerados como tal.

11 Estudos mais recentes têm confirmado esta afirmação, com a ajuda de dados quantitativos: em 1850 os libertos já ultrapassavam o número de escravos, e na época do primeiro censo brasileiro, em 1872, havia 4.2 milhões de pessoas livres de cor (“free persons of colour”), comparado com 1.5 milhões de escravos. Mais do que os 3.8 milhões de brancos (whites). Os afro-descendentes livres constituíam, assim, 43 % dos 10 milhões de brasileiros, v. Klein, 2010, 253-54.

12 V. também Berbel, 2009, 143, onde se sublinha a importância concedida pelos deputados vintistas ao argumento de serem os libertos pessoas “produtivas” e “úteis”.

13 Sobre a complexidade da independência do Haiti, contrastando com a linearidade das suas apropriações políticas v. Dubois, 1998.

diferentes das europeias, das suas insurreições e, em alguns casos, da queda da produção dos produtos coloniais, a uma certa descrença nas potencialidades “civilizadoras” e produtivas do trabalho livre. Na Jamaica, por exemplo, todas estas questões viriam a manifestar-se na revolta de Morant Bay (1865), que se transformou num novo ícone das memórias europeias sobre revoltas nas colónias (Cooper, 2000; Hall, 2002; Marques, 2008, 89-93). Também em França a tendência para garantir a igualdade jurídica entre os habitantes da França metropolitana e os habitantes dos departamentos ultramarinos foi sendo atenuada pela ideia de que o ultramar devia ser governado de forma especial, o mesmo sucedendo em Espanha (Fradera, 2008, 544 ss.). A todo este conjunto de nexos causais há ainda que acrescentar um outro aspecto importante para se compreender a menorização do liberto português em meados do século XIX: o facto de a noção de liberto ter ganho, por influência do abolicionismo britânico, um sentido muito diferente daquele que tinha tido nos anos ‘20. Na verdade, já não se tratava de alguém que, tendo sido escravo, era livre, por ter obtido do senhor uma carta de alforria. Pelo contrário, era alguém que por lei tinha deixado de ser escravo, mas que ficara, por isso, obrigado a prestar serviço ao senhor, por mais algum tempo. Fosse esse prazo encarado como uma forma de indemnização a favor do antigo senhor ou fosse encarado como um período durante o qual se realizaria a sua “educação civilizacional”, o facto é que era um prazo legalmente limitado, findo o qual o liberto passaria a ser “plenamente” cidadão. Era, portanto, uma condição limitada no tempo, o que antes não sucedia, porque o liberto o era para toda a vida. Por outro lado, enquanto vigorasse esse prazo, ele era também alguém cujos direitos e obrigações estavam determinados por lei, não obstante ser essa mesma lei que o mantinha numa situação de menoridade civil, sob a tutela de instituições (Juntas protectoras) criadas com o objectivo de garantir a sua protecção. O que anteriormente também não sucedia. Uma das primeiras vezes em que o estatuto de liberto foi regulamentado em termos próximos desta definição foi num regulamento que acompanhou uma autorização concedida pelo governo a um plantador de S. Tomé para transportar para ali 100 dos seus escravos, mas com a condição de os libertar, transformando-os em libertos. Essa regulação viria, depois, a ser alargada a todos os libertos, por decreto de 14 de Dezembro de 1854¹⁴. O estatuto de menoridade civil a ela associado era naturalmente incompatível com o exercício dos direitos políticos. Deste modo, um dos argumentos centrais para racionalizar a exclusão política dos libertos, tema ao qual se concedeu bastante atenção durante a discussão do Acto Adicional de 1852, foi o da sua menoridade. Esse argumento, associado ao facto do liberto o ser agora “a prazo”, ajudou a construir a ideia de que era possível definir o estatuto do liberto de uma forma liberal; e conseguir, com isso, tornar esse estatuto compatível com os valores jurídicos do liberalismo. Afastar algumas pessoas do exercício dos direitos políticos não era um problema complexo para o pensamento constitucional de oitocentos. Era comum distinguir-se entre os cidadãos que podiam e os que não podiam exercer direitos políticos, existindo para isso critérios universalmente aplicáveis: o censo, o grau de alfabetização, a idade e outros,

14 V. Marques, 2008, p.72-74. O autor considera que o regime português se centrava na obrigatoriedade de trabalho e não na vertente educacional que era suposto vigorar durante o prazo estabelecido (7 anos), muito valorizada no regime inglês. Mas o facto é que esta dimensão também estava presente na legislação portuguesa. No Regulamento de 1853, por exemplo, obrigava-se o concessionário a alimentar o liberto, vesti-lo, garantir a sua saúde, assisti-lo em caso de doença, conceder-lhe um dia por semana e o Domingo, a instruí-lo nos princípios da educação católica e a proporcionar-lhes vida em família; e no decreto de 14 de Dezembro de 1854 incumbia-se uma Junta Protectora dos Escravos e Libertos de dirigir a educação e ensino dos libertos, aspecto que foi comum a outros diplomas.

considerados como sinais da presença da “autonomia de vontade” dos sujeitos. Contudo, a exclusão dos libertos obrigava a doutrina a explicar porque é que esses cidadãos, mesmo que hipoteticamente preenchessem esses critérios, foram sendo excluídos. Foi neste contexto que Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1864), influente jurista e académico na Universidade de Coimbra, introduziu, entre os vários argumentos apresentados em 1852 a favor da exclusão política dos libertos, o de que estes eram assimiláveis aos menores de 25 anos¹⁵. Esta assimilação ao menor, que já tinha sido feita por Silvestre Pinheiro Ferreira, exactamente para criticar o artigo que, na Carta Constitucional, atribuíra direitos políticos ao liberto (Ferreira, 1835, 154), além de resolver juridicamente o problema que se estava a discutir, tinha, agora, a vantagem de reforçar a natureza transitória da condição dos libertos. Facilitando, com isso, o diálogo entre essa condição e os princípios do liberalismo. A figura do menor era a que melhor exemplificava a ideia do estatuto transitório do cidadão passivo, conceito que comportava a ideia de uma suspensão temporária mas não definitiva dos direitos políticos. O menor era o exemplo paradigmático do cidadão passivo cujos direitos políticos estavam suspensos mas com um prazo marcado, durante o qual se faria a sua educação¹⁶. No momento em que esta assimilação liberto/menor se fazia, poder-se-ia sempre argumentar que, ao contrário do menor de 25 anos, que deixaria de o ser ao atingir a maioridade, o liberto era um menor “para sempre”. Mas o facto é que nesses anos era já conhecida a acepção, positivada na legislação de 1853-54, segundo a qual a condição do liberto tinha um prazo. Um prazo durante o qual ele seria um menor civil prestando serviço ao senhor, mas durante o qual seria sujeito a um processo individual de educação que o prepararia para vir a ser um cidadão. E se não era essa seguramente a percepção de Silvestre Pinheiro Ferreira quando se manifestou contra a atribuição de direitos políticos aos libertos, podia ser já essa a percepção de Vicente Ferrer Neto Paiva. Por estes anos já se podia ler, em obras como a de outro jurista influente, deste vez o civilista Manuel da Silva Bruschy (1814-?), na segunda edição, em 1868, de uma dos seus estudos mais conhecidos, que a condição dos libertos era muito diversa da condição dos escravos, por estarem os primeiros “[...] *livres da escravidão perpétua*, tornando-se servos obrigados a certos trabalhos por certo prazo (...) (Bruschy, 1868, 31). É, finalmente, este novo contexto que permite compreender as palavras de Sá da Bandeira quando, no preâmbulo ao decreto abolicionista de 14 de Dezembro de 1854, afirmou ter-se fixado “por uma vez a *legítima acepção* da palavra e condição de libertos”. Legítima porque havia um prazo legal findo o qual os indivíduos se libertariam dessa condição, passando à condição de livres; mas, além disso, porque essa condição estava regulamentada na lei, que lhes garantia direitos e os subtraía formalmente ao “arbitrio” do poder doméstico do senhor. Era isso que se esperava da lei do Estado oitocentista. Que libertasse os indivíduos, ainda que gradualmente, de anteriores sujeições privadas. Por isso, com a garantia de ambas as coisas, o estatuto do liberto afastava-se, dizia ainda Sá da Bandeira, do sentido “bárbaro e anti-cristão” que tinha tido no direito romano [onde o liberto estava para sempre sob tutela do antigo senhor] para se aproximar do sentido “liberal e civilizador” que lhe fora conferido pela Carta Constitucional¹⁷. A invenção

¹⁵ V. DCD, Ses. 13 de Março de 1852, 174.

¹⁶ A menoridade era entendida como um momento na constituição do indivíduo e não como uma posição sociológica, pelo que “o facto de se privar o menor do direito de voto não contradizia [...] o princípio da igualdade política”, v. Rosanvallon, 1992, 117.

¹⁷ V. Boletim do Conselho Ultramarino, *Legislação Novíssima*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1869, vol.II (1852-1856), p. 484, subll. nosso. No direito romano o *libertini* distinguia-se do *ingenui* (nascido de mãe livre) por estar permanentemente e para sempre submetido à *patria potestas* do *Pater familias*. Mas há aqui também uma clara alusão ao decreto pombalino de 16 de Janeiro de

deste sentido para a palavra liberto na Carta Constitucional permitiu, então, harmonizar a menoridade civil e política dos libertos com o discurso oitocentista sobre os direitos. Era possível não somente racionalizar juridicamente essa condição como até atribuir-lhe um sentido positivo. Foi por isso que o mesmo Sá da Bandeira, ao comentar o decreto que, em Fevereiro de 1869, pôs fim à escravidão nos territórios portugueses, atribuindo aos que até aí eram escravos a condição de libertos, pôde declarar que, com ele, se tinha posto fim a um “estado de coisas” que não era compatível com as instituições liberais e com o Código Civil¹⁸. Esta alusão ao Código Civil permite-me, finalmente, colocar a hipótese de não ter sido por acaso que, nesse mesmo ano, em Novembro, se publicou o decreto que fez aplicar o Código Civil de 1867 ao ultramar. Neste decreto podia ler-se que “fica em vigor a legislação transitória sobre as pessoas *dos escravos declarados livres* pelo decreto de 25 de Fevereiro último” (art. 3^o)¹⁹. O que queria dizer que o facto de, formalmente, já não haver escravos, mas apenas libertos, tinha tornado menos problemática a extensão do Código Civil aos territórios ultramarinos. Não se colocavam, nessa nova situação, os mesmos problemas que estavam a ser vividos no Brasil, onde a preservação da escravatura contribuiu muito para inviabilizar a aprovação de um Código Civil durante o século XIX. Como explicou Keila Grinberg, era muito difícil fazer vigorar Códigos Cívicos em territórios onde alguns seres humanos eram simultaneamente pessoas (à luz do direito penal, porque sujeitas a punições, e do direito civil, pois podiam comprar a sua liberdade) e coisas (porque propriedade, que podia ser transaccionada). Era difícil legislar sobre seres humanos que às vezes eram coisas e outras vezes pessoas e que, para mais, podiam tornar-se totalmente pessoas, quando se alforriavam, e voltar a ser coisas, “caso não cumprissem com as obrigações de todo o liberto, como o reconhecimento da devida gratidão ao seu senhor, e fosse reescravizado” (Keila, 2001, 55). Estes problemas já não se colocavam ao legislador português em 1869, pois nessa altura os libertos eram “apenas” pessoas. Não eram propriedade de ninguém. Não poderiam voltar a ser escravos. Pelo contrário, tinham até garantida na lei um prazo para deixar de ser libertos. É bem possível que esta questão tenha estado relacionada com a antecipação do prazo para a abolição da escravidão no território português para 1869, pois o que tinha ficado determinado, num decreto abolicionista de 29 de Abril de 1858, era que todos os escravos passassem à “condição livre” num prazo de 20 anos, ou seja, em 1878, e não em 1969. É que, como irei tentar explicar a seguir, podia ser mais fácil, no contexto da cultura jurídica de oitocentos, fazer coexistir constituições e escravidão do que Códigos cívicos e escravidão.

*

Não houve, em nenhuma das constituintes portuguesas, grandes discussões em torno do estatuto dos escravos e da sua posição face à nacionalidade e à cidadania, embora o problema tivesse sido abordado em todas aquelas assembleias, de forma inconclusiva. Para contornar a incomodidade que o tema suscitava, optou-se, como se viu, pela omis-

1773, onde se determinava que os escravos que no Reino fossem libertados ficassem livres da condição de liberto “que a superstição dos Romanos estabeleceu nos seus costumes, e que a União Cristã, e a Sociedade Civil faz hoje intolerável no meu Reino”).

18 “[...] que está em oposição com o espírito das instituições que há mais de 32 anos são a mencionada base de todas as suas leis; que não se acha mencionada no Projecto de Código civil que o governo apresentou às Cortes[...], v. Arquivo Histórico Parlamentar, Secção VI, Cx. 103, Mç. 15.

19 *Diário do Governo*, nº 265, 20 de Novembro, p. 580, subl. nossos

são. A doutrina jurídica portuguesa também não dedicou muitas páginas ao tema, preferindo recordar que os escravos eram seres humanos e, enquanto tal, pessoas jurídicas; que não podiam, por isso, ser, para qualquer efeito, coisas, como tinham sido no Direito romano. Alguns juristas deduziram dessa premissa a ilegitimidade da escravidão, mas todos admitiram que, apesar disso, havia escravos em território português, embora sublinhassem que só na sua parte ultramarina, e provisoriamente (Silva, 2009a, 250 e ss.). Nem nos discursos dos deputados constituintes nem na doutrina se encontra o argumento de não ser possível conservar escravos em territórios onde vigoravam Constituições que declaravam direitos como a liberdade ou a igualdade. Os juristas que dedicaram algumas linhas ao estatuto dos escravos referiram o direito positivo que regulava a escravidão, quer o das *Ordenações Filipinas*, quer o da legislação colonial, ao qual procuraram atribuir um sentido humanitário e, por vezes, até emancipador. Isso aconteceu, em boa parte, por motivos de natureza pragmática. Os interesses dos senhores de escravos na América portuguesa foram determinantes na discussão do tema nas Cortes vintistas, como sucedeu em outros lugares na mesma altura²⁰. Depois da separação do Brasil o problema da abolição do tráfico e da escravidão manteve-se, associado à ideia de que da sua preservação dependia a sobrevivência das colónias africanas (Marques, 1999, 164). Mas a opção esclavagista dos deputados constituintes pode ser melhor compreendida se for também situada no contexto do pensamento político e jurídico da época, no qual a doutrina dos direitos naturais coexistiu com uma hierarquização entre princípios e normas diferente da do pensamento constitucional actual. No qual actuavam, além disso, categorias que permitiam acomodar provisoriamente a escravidão e as suas instituições, ainda que em permanente tensão.

Escravidão e direitos naturais

A literatura anti-escravista dos finais do século XVIII denunciou a escravidão por negar a alguns homens a liberdade, a “propriedade de si mesmo”. Foi essa a tese de um dos autores que de forma mais radical aplicou as consequências do raciocínio dos direitos naturais ao problema da escravidão, Abbé Guillaume-Thomas Raynal (*Histoires Philosophique et politique des établissements et du commerce des Européens dans les deux Indes*, Paris, 1772-1780). Os direitos naturais eram direitos inalienáveis, anteriores a qualquer relação de poder, a ninguém podiam ser subtraídos. Do mesmo modo, a assimetria envolvida na relação senhor/escravo, a natureza arbitrária e ilimitada do poder do primeiro, colidiam com a teorização liberal dos poderes controlados e limitados. No entanto, esta referência aos direitos naturais do homem e à forma liberal de funcionamento dos poderes raramente esteve associada, na Europa continental, à defesa da abolição imediata da escravidão. Pelo contrário, associou-se quase sempre à defesa de um abolicionismo gradual. A abolição do tráfico de escravos, primeiro, a abolição da escravidão, por etapas, depois, foi a solução ditada por quase todos os governos do século XIX. Estas soluções, ainda que favorecessem o adiamento da abolição definitiva, eram descritas como razoáveis por-

²⁰ Na Constituição de Cádiz, como em todas as constituintes espanholas do século XIX, o problema da escravidão foi sempre um problema delicado, por causa dos interesses coloniais, tendo-se justificado sempre a sua preservação com base em argumentos económicos (ruína da economia colonial das Antilhas), e políticos (o risco de originar processos independentistas em Cuba e Porto Rico), Alvarado Planas, 2001. A abolição do tráfico de escravos e da escravidão também foi um tema delicado da política externa portuguesa, desde finais do século XVIII, porque punha em causa os interesses ligados à economia de plantação no Brasil.

que, como se vai mostrar a seguir, diversos elementos internos à cultura dos direitos nos finais do século XVIII e na primeira metade do século XIX facilitaram a sua convivência com a preservação temporária da escravidão, o que atenuou o impacto dos direitos nos lugares do mundo onde ainda existiam escravos. Em primeiro lugar, porque os Direitos do Homem não foram, nessa época, declarados com um grau de abstracção tão amplo que abrangesse toda a humanidade. Não o foram, por exemplo, em muitos dos autores jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, nomeadamente nos mais lidos em Portugal (Pufenndorf, Burlamaqui, Barbeirac, Christian Wolff), pois estes confirmaram, nas suas obras, muitos dos argumentos clássicos em que se fundava a escravidão (Pimentel, 1983; 2000-2001). Mas não o foram também nos momentos mais exaltados da sua declaração. A Constituinte francesa de 1789, que os declarou por escrito pela primeira vez na Europa continental, teve como modelo a *Declaração de Independência* americana, que tinha omitido a natureza esclavagista da sociedade que fundava²¹. A União deixou que cada Estado resolvesse o problema nas respectivas Constituições e muitas dessas Constituições invocaram os Direitos do Homem e reconheceram o estatuto do escravo, como se viu²². Como tem sido sugerido por Bartolomé Clavero, o vocábulo “Homem” que se utilizava quando se convocavam os direitos nessas Constituições não era sinónimo de ser humano. Era uma palavra cujo sentido restrito de “homem branco”, de “homem europeu” pode ser captado, se se reconstituir o “contexto textual” em que essas Constituições foram escritas. Os direitos de todos os seres humanos não abrangidos pela fórmula “os homens são todos iguais”, na Declaração dos direitos de Virgínia (1776), nasceram e afirmaram-se “contra” essa Declaração, tão restrita era a humanidade que ela tinha transformado em sujeito das liberdades que declarava. Isso não significa, contudo, como sugere Bartolomé Clavero, que a exclusão se tenha tornado problemática apenas depois de apropriada por “grupos subalternos”, nomeadamente por escravos²³. A inclusão da população negra no exercício dos direitos enumerados na *Declaração de Independência* e na Constituição federal americana foi um problema debatido pelos líderes brancos da Revolução; e muitos, como Abraham Lincoln, manifestaram-se positivamente em relação a essa inclusão, embora não retirassem dela todas as suas consequências, como o quiseram fazer, desde os anos '30, os abolicionistas mais radicais, alguns deles antigos escravos, de facto. Ou seja, a apropriação universalista da semântica dos direitos não foi exclusiva dos grupos “subalternizados”, como os escravos, na América do Norte²⁴. Mas o que importa aqui salientar é que a aplicação universal dos direitos também não constituiu uma exigência do primeiro pensamento constitucional americano. Já em França, muitos deputados constituintes problematizaram a oportunidade da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, denunciando o perigo que representava “[...] séparer l'énoncé abstrait des droits de leur mise en forme concrète” (Gauthet, 1988, 686). A apreensão enraizava na imagem que cultivavam de uma sociedade norte americana igualitária, sem passado, que consideravam bem diferente da sociedade francesa e do peso que aí tinham as velhas hierarquias sociais. Uma imagem que abs-

21 Na primeira versão da *Declaração da Independência*, redigida por Thomas Jefferson, foi muito clara a acusação, dirigida ao rei britânico, de ter introduzido a escravidão no Novo Mundo, mas essa condenação desapareceu do documento fundador da Nação americana, pela ameaça que representava à unidade das treze colónias, Sorumenho-Marques, 2002, 126.

22 A libertação de todos os escravos nos EUA só viria a ser constitucionalmente consagrada na 13ª emenda à Constituição americana, em 1865.

23 V. esta discussão em Hespánha, 2003.

24 V. V. Cain, 1997, 53-86, onde se dá um contexto político à ambivalência do discurso de Lincoln, para mostrar como é anacrónico o discurso crítico contemporâneo acerca dessa ambivalência.

traía, portanto, da radical desigualdade envolvida na relação dos senhores com os seus escravos; e que, como se vai ver, não correspondia à auto-representação que os colonos ingleses da América tinham da sua Revolução. Era inofensiva a proclamação teórica da igualdade numa sociedade que se construía “a partir do nada”, mas não era esse o caso da sociedade francesa. Neste contexto, a decisão tomada no sentido de aprovar a *Declaração* esteve associada a necessidades concretas, relacionadas com a legitimidade de uma *Assemblée nacional auto-proclamada* que, embora exercendo poderes constituintes, não possuía a representatividade adequada ao seu exercício, porventura mais do que a uma intenção inequívoca de universalização de direitos (“D’où aussi bien la *contrainte de l’universalité* qui pese sur la rédaction. Car seule une «déclaration des droits pour tous les hommes, pour tous les temps, pour tous les pays», selon le mot de Duport le 18 Août, est susceptible de cette autorité irrécusable et irrésistible dont les Constituants ont besoin à l’appui de leur entreprise. L’ancrage dans l’universel n’est ni le fruit d’un génie particulier ni la marque d’une irréalité spécifique. Il résulte des nécessités d’une situation” (Gauchet, 1988, 686). A aprovação da *Declaração* foi também uma forma de lidar com a complexidade e a heterogeneidade do *país real* e das suas múltiplas e contraditórias solicitações (Fúria, 2002, 35).

Anterioridade dos direitos e legiscentrismo

A tendência legiscêntrica das culturas constitucionais da Europa continental oitocentista, ditada pela colocação do legislador no centro da actividade política, enquanto representante da vontade da Nação, favoreceu uma visão estadualista dos direitos, na qual estes tendiam a existir à medida que fossem sendo reconhecidos pelo Estado. Assim, logo na Assembleia Constituinte francesa de 1791, aquela em que foi aprovada a primeira Declaração dos Direitos do Homem no continente europeu, a lei foi vista como o instrumento capaz de os tornar efectivos, de lhes dar existência prática²⁵. A imagem dos direitos naturais individuais anteriores à lei e que a lei devia garantir conviveu, desta forma, com a imagem da lei fundadora dos direitos naturais, que os tornava possíveis, tendo essa convivência sido importada pelas outras culturas constitucionais europeias, nomeadamente a portuguesa (Paiva, 1859, 46). Esta percepção teve consequências teóricas importantes para o tema da escravidão. Por um lado, o reenvio dos direitos para a lei atenuou a ideia de presunção de liberdade. A lei geral e abstracta era condição necessária para que os direitos e liberdades existissem; quando a lei silenciava, a “presunção de liberdade” não funcionava necessariamente, porque a liberdade dependia do reconhecimento legislativo concreto. Mas também não bastava a sua declaração na lei constitucional. Num primeiro momento porque, ao colocar o legislador no centro da actividade política, a cultura constitucional da época desvalorizou a ideia de Constituição como repositório de direitos susceptível de se opor à vontade desse legislador (de Constituição como garantia) e valorizou, em vez disso, a sua dimensão programática. Depois, num segundo momento, porque a ideia de que o programa proposto na Constituição estava continuamente ameaçado pela natureza volátil da “vontade popular” acabou também

25 V. Fioravanti, 1991, 58-59: “A lei [na revolução francesa], é algo mais do que um instrumento técnico para garantir direitos e liberdades que já se possuem. Ela é um valor em si, porque só graças à sua autoridade se tornam possíveis os direitos e as liberdades de todos. Na sua ausência cai-se na sociedade de privilégios do Antigo Regime”.

por subalternizar a lei constitucional perante, por exemplo, a lei codificada, considerada mais estável, menos ameaçada pela vontade do legislador, mais apta a garantir a segurança, sobretudo a da propriedade (Fioravanti, 1991, 101 e ss.). Desvalorizou-se, com isso, a hipótese de os escravos obterem a liberdade apelando quer para princípios supra-legais, quer para a aplicação judicial da Constituição e dos direitos que ela declarava, apesar de alguns juristas o terem feito, e às vezes com sucesso (Grinberg, 1994). A tudo isto acresce que as próprias Constituições, como se vai voltar a ver com o exemplo das portuguesas, não declararam os direitos de forma universal.

Se, em França e na Europa continental, a tendência legiscêntrica da doutrina constitucional esteve presente, desde o início, a reduzir o alcance da doutrina dos direitos naturais, a evocação dos direitos históricos não moderou menos, na América, a ideia da prioridade desses direitos. No constitucionalismo americano, onde, pelo contrário, a vertente garantística da Constituição prevaleceu – sobretudo contra os possíveis abusos do legislador, cujas determinações puderam, desde o início, ser sujeitas ao controlo constitucional da “*judicial review*” –, os abolicionistas também encontraram, inicialmente, poucas virtualidades. Aí foi a garantia da propriedade adquirida que funcionou contra eles. Ao contrário da imagem que dela fizeram alguns revolucionários franceses, como se viu atrás, a revolução americana auto-representou-se não como um momento sem passado, mas como um momento de recuperação de direitos históricos dos *englishmen* – entre eles, *o da posse de escravos*, tal como o de apenas se votar impostos em assembleias representativas –, direitos sempre ameaçados pelos poderes constituídos e, sobretudo, por um legislador que podia agir ilegítimamente. Por isso, se, num primeiro momento, a doutrina jusnaturalista foi funcionalizada aos objectivos revolucionários, logo a seguir os direitos naturais misturaram-se e confundiram-se com os direitos históricos da *common law* britânica, garantidos pela jurisprudência constitucional, mas apenas aos ingleses; e não, como os direitos naturais, a toda a humanidade (Fioravanti, 1991, p. 84)²⁶. Entre estes direitos contavam-se os que o senhor tinha sobre os seus escravos. Desde a segunda metade do século XVII que os colonos e as companhias coloniais contrapunham aos *Acts* do parlamento britânico os direitos de propriedade sobre os escravos (Marshall, 1996, 530-542). Na revolução americana, como na francesa, os direitos naturais tiveram o seu contexto político e o seu (diferente) contexto normativo.

Os critérios do legislador

A opção legiscêntrica da cultura constitucional da Europa continental enfraqueceu a ideia da pré-estadualidade dos direitos e tendeu a tornar onipotente o legislador, cuja lei não era somente expressão mas verdadeira fonte criadora dos direitos. Resta agora tentar compreender porque é que esse legislador não foi um legislador inequivocamente abolicionista. Porque é que, nesta matéria, optou por ser ou um legislador omissivo (até no plano constitucional), ou por se exprimir maioritariamente num sentido contrário à recuperação imediata dos direitos naturais pelo escravo. O que se pretende mostrar a seguir é que estas opções não estiveram associadas somente a um abandono dos princípios a favor dos interesses imediatos que se queriam fazer respeitar, como os interes-

²⁶ Ainda que pudessem fundar-se nos direitos naturais, como advogava Blackstone, os direitos britânicos da *Common Law* eram exclusivos dos *englishmen*, e, por isso, os americanos os preferiram muitas vezes aos “direitos naturais”.

ses ligados à preservação do modelo de funcionamento da economia colonial vigente na época da revolução. Elas podiam também estar associadas a princípios ou tendências doutrinárias, como era a sensibilidade a uma “razão natural” que legitimasse a preservação provisória da escravidão em algumas regiões do mundo. Ou a um desejo quase obsessivo de promover um desenvolvimento gradual, tranquilo e ordenado das sociedades (Fioravanti, 1991, 102).

O sentimento de uma certa urgência em impor limites a arbítrio do legislador foi grandemente reforçado, na Europa contemporânea, pelos “excessos construtivistas” da fase “jacobina” da revolução francesa. Por esse motivo, a tendência foi para que esses limites não fossem tanto os direitos, mas, sobretudo, a “ordem da sociedade”, ou os dados objetivos das Nações entendidas como realidades histórico-naturais. Nesta acepção, que foi a dos doutrinários franceses e a do *Estado de Direito* alemão²⁷, o legislador conservava o seu papel central na declaração dos direitos e das liberdades. Só que, agora, não os potenciava *ex novo*, de uma só vez e à medida da sua vontade. Pelo contrário, concedia-os de acordo com o que se determinasse ser o grau de maturidade (civil, política, económica) das sociedades/ Nações, relativamente a uma meta para a qual a humanidade caminhava, mas de forma progressiva. Foi esse o sentido das palavras de Vicente Ferrer Paiva, professor de *Direito público universal e das gentes* na Universidade de Coimbra e várias vezes deputado às Cortes, nos anos 40, quando explicou que, ao “transmutar” os direitos naturais em direitos civis, o legislador modificava as “mais sublimes aspirações do Direito natural puro tornando este aplicável aos usos da vida, *segundo o estado actual da civilização*” (Paiva, 1859, 22, subl. nossos). O influente jurista falava, portanto, de uma aplicação gradual dos direitos, cujo reconhecimento ficava dependente da variável “civilização”. Quanto mais avançada fosse a civilização, mais amplos podiam ser os direitos. Do legislador esperava-se, portanto, que considerasse os valores ditados pela *Razão* e pela anterioridade dos direitos mas também as circunstâncias particulares das sociedades para as quais legislava.

Os lugares geográficos da escravatura

Como já se referiu, havia que considerar que a abolição punha em risco as sociedades coloniais, não só porque as respectivas economias viviam da mão-de-obra escrava, mas também porque era descrita como perigosa a concessão imediata da liberdade a homens que a escravidão tinha “embrutecido”, que ignoravam as obrigações e os deveres do homem livre. Achava-se que os escravos careciam de educação e de civilização e, por isso, que a abolição material da escravidão devia preceder a sua abolição formal. De outra forma, eles mesmo se auto-condenariam, pela sua “imprevidência”, a morrer à fome e a povoar as sociedades coloniais de mendigos e vagabundos. Alexis de Tocqueville (1805-1859), um autor que se demarcou de visões mais pessimistas, negando a predisposição dos escravos negros para o crime e para a indolência, defendeu, mesmo assim, que se estabelecesse, entre a escravidão e a liberdade, um “período intermédio destinado à educação dos negros”. No fim desse período os escravos deviam ser declarados livres mas não equiparados em direitos aos trabalhadores livres da Europa, para se evitar o colapso

²⁷ A doutrina do Estado de Direito postulou mesmo a inexistência de direitos anteriores à sociedade e ao Estado, afirmando a sua origem exclusivamente legislativa. v. Fioravanti, 1991, 130.

das economias de plantação das colónias²⁸. Outro dado a que o legislador devia estar atento era o da objectividade do mundo, um mundo que concorria, nas suas razões, com as auto-evidências racionais e com o universo abstracto dos indivíduos e da anterioridade dos seus direitos. A injustiça da escravatura era uma auto-evidência racional, porque todos os homens eram livres e iguais. Mas os ideais de justiça que a Razão propunha não anulavam outros dados objectivos. Para além da propriedade adquirida, existiam as circunstâncias geográficas, sociais, políticas, históricas, que nunca deixaram de ser consideradas. Elas surgem numa das primeiras obras contendo argumentos anti-esclavagistas do *Iluminismo* mais moderado, *L'Esprit des Loix* (1748), de Montesquieu (1689-1775). Desta vez, para relativizar a injustiça da escravidão, em casos particulares. Montesquieu reflectiu criticamente sobre a escravidão e mostrou que ela não era compatível com as normas do direito natural e do direito civil²⁹. Mostrou também que, porque todos os homens nasciam iguais, a escravidão era contrária à natureza humana. Contudo, reconheceu igualmente a força que tinham as razões objectivas (“razões naturais”) que, nos casos particulares, podiam tornar a escravidão “justa e conforme à Razão”³⁰. A principal e mais indisponível dessas razões era, para ele, o clima, na sua muito conhecida relação com a maior ou menor disponibilidade dos homens para trabalhar. Nos países onde os homens, debilitados pelo calor, só trabalhavam sob coacção, a escravidão “choça[va] menos a Razão”. Eram países onde a natureza despótica do governo – cujas relações como outras tantas combinações objectivas foram evidenciadas na obra deste autor –, minorava os efeitos da escravidão³¹. Onde não havia liberdade política, a liberdade civil era um bem pouco valorizado, sendo a escravidão civil mais suportável do que em qualquer outro lugar. Nesses países cada um considera-se feliz por ver garantidos a sua subsistência e a sua vida”³². A (des)razão da escravidão variava, por isso, com a geografia do mundo, fazendo com que na Europa temperada e politicamente livre as razões naturais coincidissem com as evidências da Razão. Era aí que, para já, devia ser, e até já tinha sido, abolida a escravidão. Nas outras regiões também, mas só quando o legislador sábio contrariasse, com “boas leis”, a indolência (natural?, induzida pelas más leis?) da sua humanidade³³. E, se era assim, tornava-se fácil explicar, recorrendo a uma hierarquia geográfica já muito antiga, porque é que a escravidão podia persistir nos trópicos ao mesmo tempo que era abolida nas metrópoles europeias³⁴. O raciocínio de Montesquieu era, portanto, um raciocínio sociológico que podia justificar as diversas opções constitucionais para as colónias que enumerámos no início deste texto. É ainda neste contexto que ganham sentido as leis de sentido abolicionista com aplicação restrita ao território europeu, que

28 “On the Emancipation of Slaves” [1843], trad. para o inglês em Engerman, 2001, p. 440: “[...]even when, during the final years of slavery, they had achieved all the progress in morality and civilization which experience has proven them to be capable of, it would still be imprudent suddenly to give them the same independence which the French working classes enjoy [...]. if some artificial means were not used to draw and confine the negroes to the sugar refineries and to prevent an excessive rise in wages, the instant that compulsory labor no longer existed, sugar production would receive a swift and serious blow, and the colonies, thus exposed to a sudden dislocation in their chief and almost only industry, would suffer enormously”.

29 Montesquieu, 1995, Liv. XV, Cap I. .

30 Montesquieu, Liv. XV, Cap. VI.

31 Montesquieu, Liv. XV, Cap. VII.

32 Montesquieu, Liv. XV, Cap I.

33 Porque, no pensamento de Montesquieu, as boas leis podiam anular a “razão natural” da escravidão, v. Montesquieu, Liv. XV, Cap VIII. Mas não é sobre leis libertadoras que Montesquieu fala nos capítulos que se seguem, cujas páginas integram autênticas receitas para o bom funcionamento do sistema escravagista.

34 “[...]é necessário recordar que a escravidão é contra a natureza, ainda que em certos países ela se possa fundar na Razão natural; é por isso muito necessário distinguir estes países daqueles onde mesmo as razões naturais a rejeitam, como os países da Europa, onde ela foi, felizmente, abolida”, v. Montesquieu, Liv. XV, Cap VII.

existiram em Portugal (como a lei de D. José de 1773, que libertou os escravos cujos bisavós já tivessem sido escravos e os que a partir daí nascessem de escravos que residiam no Reino), em França (Peabody, 1996), na Inglaterra (Vergès, 2001, 45), ou, mais tarde, em Espanha (Girón, 2002, 13-14). Elas podiam fazer sentido no mundo já civilizado, mas não deviam ser imediatamente exportadas para zonas geográficas que viviam estádios “anteriores” de civilização.

Grau civilizacional das sociedades e dos indivíduos: os lugares cronológicos da escravatura

A escravatura era injusta “em si”, mas podia ser descrita como própria de uma fase particular do processo colectivo de civilização, pelo qual todos os povos obrigatoriamente passavam. Era o resultado de uma lei que presidia à evolução das sociedades e cuja “cientificidade” podia afastar, como inapropriadas, considerações abstractas sobre a Justiça. Sendo assim, o grau civilizacional das sociedades esclavagistas, tal como o de cada um dos escravos, considerado na sua individualidade, eram outros dados que o legislador devia considerar. Paralelamente, se o “estádio civilizacional” dos indivíduos e dos “povos” podia explicar a escravatura, também determinavam a essência transitória dessa instituição, explicando numa mesma narrativa a preservação da escravidão e a sua extinção. Ela estava condenada ao desaparecimento, fosse por efeito de impulsos mais voluntaristas – como a promoção da educação dos escravos e a produção de legislação abolicionista –, fosse sob o efeito de factores objectivos, como as leis da História que encaminhavam a humanidade para “estádios civilizacionais” cada vez mais avançados. Essas narrativas encontram-se, por exemplo, no pensamento utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832), ou no do seu discípulo, John Stuart Mill (1806-1873).

Os argumentos anti-esclavagistas de Bentham, não se tendo fundado no *a priori* dos direitos, noção que ele rejeitou, encontraram justificação no coração dos seus cálculos sobre a felicidade do maior número como princípio de governo, cálculos cujos resultados funcionavam contra a instituição. A escravidão não era uma boa condição, conforme à natureza humana, porque ninguém escolhia voluntariamente essa condição e porque o escravo desejava sempre a liberdade (“[...] todos estes raciocínios e cálculos em torno da felicidade dos escravos são supérfluos, uma vez que possuímos todas as provas de facto que esse estado nunca é abraçado por opção, e que, pelo contrário, é sempre objecto de aversão”)³⁵. Afastada a hipótese da felicidade do escravo, se o ponto de partida fosse a felicidade do senhor, os números funcionavam, de novo, contra a instituição, já que raramente correspondia a cada senhor um só escravo (“[...] um senhor conta os seus escravos tal como os seus rebanhos, às centenas, aos milhares[...] a vantagem está do lado de um só, os inconvenientes estão do lado da multidão [...] logo, entre a perda para os senhores provocada pela libertação e o ganho que daí resultaria para os escravos não há motivo para a hesitação”³⁶). Por ambos os motivos³⁷, Bentham propôs medidas concretas, de emancipação gradual, mas acreditando que essas medidas apenas acelerariam um processo que fazia depender mais

³⁵ V. Dumond, 1840, 101.

³⁶ Dumond, 1840, 120.

³⁷ Entre outros, como o argumento da economia clássica, associando a pouca produtividade do trabalho escravo a repercussões negativas na riqueza e no poder das Nações (Dumond, 1840, 102).

de uma lei de *necessidade* do que da vontade do legislador (“[. . .] as relações escravagistas, às quais o legislador não pode por fim de um só golpe, vão desaparecer, lentamente, dissolvidas pelo tempo, pela marcha da liberdade que, sendo lenta, não é menos segura. Todos os progressos do espírito humano, da civilização, da moral, da riqueza pública, do comércio envolvem, a pouco e pouco, a recuperação da liberdade individual”)³⁸.

A escravidão era ainda um passo necessário para a civilização dos povos, da mesma forma que tinha sido para todos os povos que progrediam na escala civilizacional da humanidade. Um estado necessário, mas transitório, em virtude do que se considerava ser a força da lei do progresso civilizacional. Às vezes, porém, era necessário usar de alguma força para que essa lei actuasse. Sendo essa a perspectiva de Stuart Mill, no que dizia respeito aos povos ainda não “civilizados” (“As raças incivilizadas[. . .] são avessas a executar de forma contínua trabalhos que lhes pareçam desinteressantes. No entanto, toda a verdadeira civilização tem este preço, e sem esses trabalhos nem a mente pode ser disciplinada nos hábitos requeridos por uma sociedade civilizada, nem o mundo material preparado para garantir a civilização. Para reconciliar tais povos com o trabalho é necessário que se produza uma combinação rara de circunstâncias o que, por esse motivo, pode levar muito tempo, *a menos que eles sejam, durante algum tempo, compelidos a executá-lo*”)³⁹.

A ideia de que as sociedades gerariam as condições civilizacionais colectivas que haviam de favorecer a abolição da escravatura e o trabalho forçado e de que, individualmente, o trabalho era uma forma de preparar os escravos para a liberdade, foi uma ideia sempre presente na literatura europeia da época, mesmo na mais emancipacionista. Transitória seria a escravatura, como transitórias seriam todas as restrições, que se consideravam necessárias, embora em diferentes graus, em relação a outros direitos: ao direito de voto, à liberdade de Imprensa e reunião, à liberdade religiosa. A preservação transitória da escravidão ou de formas de trabalho forçado podia não significar, necessariamente, um afastamento de quem não defendia a sua abolição imediata relativamente à ideia de uma universalização (futura) dos direitos. O carácter transitório de todas as restrições – e esta era a maior delas, a da liberdade, a da “propriedade de si mesmo” – foi um conceito-chave no pensamento oitocentista (Silva, 2009b).

Aplicações pátrias

A presença de princípios jusnaturalistas nas primeiras assembleias constituintes liberais portuguesa não se explica pelos mesmos motivos que explicam a sua presença na primeira constituinte francesa. O contexto era, agora, o de uma Europa que reagia aos “excessos” da Revolução, o que suscitava ainda maiores reservas relativamente à universalidade antropológica e geográfica dos direitos naturais da liberdade e da igualdade. Esse contexto ajuda a perceber porque é que se encontra, a cada passo, uma visão “suspensiva” relativamente à realização imediata dos “princípios naturais de justiça”. Restrições

³⁸ Dumond, 1840, 104.

³⁹ Mill, 1861, 213, trad. e sub. nossos: “Again, uncivilized races [...] are averse to continuous labour of an unexciting kind. Yet, all real civilization is at this price, without such labour, neither can the mind be disciplined into the habits required by civilized society, nor the material world prepared to receive it. There needs a rare concurrence of circumstances, and for that reason often a vast length of time, to reconcile such a people to industry, unless they are for a while compelled to it”. Mas a obra de Mill integra igualmente enunciados anti-escravagistas – por exemplo, em *Lectures on Colonization and Colonies* [1850] e em *Principles of Political Economy* [1848]; tendo a sua posição sido favorável à garantia de todos os direitos de cidadania aos antigos escravos da colónia britânica da Jamaica, na sequência de desordens sociais aí vividas, v. Kohn e O’Neil, 2006.

relativas à universalidade encontram-se logo no título primeiro da Constituição vintista, onde os direitos não foram atribuídos ao Homem, mas ao Cidadão, no *Projecto* da constituição, e aos portugueses, no seu texto final. Do ponto de vista da filosofia, era desajustado consagrar a escravatura numa Constituição cujo primeiro título era uma lista de direitos – e deveres – individuais. Mas isso não tornava internamente contraditório o texto constitucional porque, como se viu, os escravos não eram nem portugueses, nem cidadãos. Por outro lado, a atenção concedida às circunstâncias, por contraposição à obrigatoriedade dos princípios, chegou a ser, na voz de alguns deputados da primeira assembleia constituinte portuguesa, enunciada em termos escolásticos: “Existe um princípio de eterna justiça, pelo qual se devem regular todas as acções dos homens: contudo, na prática, a sua aplicação não é tão fácil quanto parece. Pode dizer-se, em regra, que a acção dos homens são boas, ou más, criminosas ou virtuosas segundo as circunstâncias, e as relações em que foram feitas. Ainda que isto não é absolutamente certo, contudo em geral é certo”⁴⁰. Também podemos ler, a cada passo, a ideia de um caminho a percorrer da barbárie à civilização e do seu gradualismo⁴¹. Na assembleia constituinte portuguesa dos anos ‘30 estes princípios dominaram o essencial dos discursos, gerando até algum debate em torno da compatibilização entre a universalidade dos valores e a particularidade das circunstâncias. O que não surpreende, se recordarmos que, nestas constituintes, estavam já presentes deputados fortemente influenciados pelo utilitarismo, pelas teorias da ordem legal e do *juste milieu* e pela ideia romântica do organicismo das Nações, todas elas inclinadas a defender o primado da ordem social e das tradições nacionais, mais do que de direitos abstractos (Canotilho, s.d., 130 e ss; Silva, 1992, 325; Hespanha, 2009). No discurso de muitos desses deputados, a lei fundamental era a que juntava os princípios universais de convivência com as circunstâncias peculiares dos povos a que se destinava, o seu estado de civilização, os seus hábitos e costumes⁴². Podendo mesmo ser as conveniências a ditar *à posteriori* a bondade das opções políticas. Este mesmo tipo de raciocínios podia justificar a preservação, transitória, da escravatura, como de facto sucedeu. Durante um dos longos discursos sobre a importância de “acomodar” as Constituições e as leis aos usos, costumes e interesses dos povos, um dos deputados da Constituinte dos anos ‘30 que o enunciou deu o exemplo do pragmatismo dos republicanos na América do Norte, por terem concedido aos Estados “governo próprio, e acomodado a suas circunstâncias”, respeitando o governo federal todas as diferenças locais. Esse pragmatismo tornara possível que, em alguns dos Estados do Sul, o número dos representantes não fosse “[...] só em proporção à povoação livre, mas também à dos escravos, não como pessoas, mas como propriedade de uma espécie muito particular”. Com o tempo, esta diversidade, também transitória, seria reconduzida à unidade, porque os governos próprios de cada Estado “vão-se aproximando a um carácter mais uniforme, mas muito gradu-

40 V. DCGECNP, sessão de 8 de Março de 1821, p. 225, Dep. Castelo Branco.

41 Essa ideia foi-se exprimindo em avisos sobre as “Luzes” que, em excesso, “cegavam” (v. DCGECNP, sessão de 14 de Fevereiro 1821, p. 93); ou sobre a moderação dos filósofos, mesmo dos mais radicais (“Rousseau - que ninguém dirá [...] que foi homem moderado nas suas opiniões - diz, que não estando os povos acostumados à liberdade, não devem as suas instituições adoptar o regime liberal de uma vez, mas ir-lhe proporcionando gota a gota [...]”, v. DCGECNP, sessão de 8 de Agosto de 1821, p. 1820, Dep. Pinheiro de Azevedo).

42 “[...] não é difícil adquirir a ciência de Direito Público Constitucional; porque os seus princípios estão pela maior parte gravados na razão humana, e podem ser estudados [...] pela leitura dos livros que tratam da ciência. [O mesmo não sucede] a respeito da ciência política; porque está dependente de conhecimentos especiais, e variados, que só se adquirem pela prática [...]”, v. DCGECNP, Ses. 2 de Maio de 1837, 169, Dep. Rebelo de Carvalho. Não obstante, estavam presentes, nas Cortes de 1837, deputados que tinham uma visão muito radical acerca da anterioridade dos direitos naturais e individuais, como a que se expressava num *projecto* Constitucional apresentado às Cortes em 1 de Abril de 1837.

almente, e sempre caminhando ao nível dos factos e das opiniões”⁴³. A atenção concedida à História e ao seu Sentido podia ter repercussões ainda mais directas na questão da escravatura. Para dois conhecidos juristas portugueses da época, José Dias Ferreira e Basílio Alberto de Sousa Pinto, a divisão entre escravos e livres corporizava uma das etapas no progresso civilizacional das sociedades, destinada a desaparecer à medida que a humanidade progredisse para “uma igualdade completa e definitiva” (Ferreira, 1858, 66; Sousa Pinto, 1840)⁴⁴. Esse progresso não era homogéneo, havia “vestígios” de todas aquelas divisões “em diversas partes da terra” (Sousa Pinto, 1840, 278); mas apenas vestígios, o que provava “[...] que a liberdade está arreigada no coração do homem, e para ela vai sempre tendendo à proporção, que se for civilizando (Sousa Pinto, 1840, 44, subl. nossos). Em relação à escravatura, Dias Ferreira observava que “esta instituição existiu em todos os povos da antiguidade, tem atravessado séculos e gerações, e ainda se conserva no mundo moderno, v.g., nos Estados Unidos” (Ferreira, 1858, 66). Numa primeira leitura, podia pensar-se que as colónias europeias no ultramar foram aqui esquecidas. Mas não é essa a chave da interpretação para a sua ausência. Dias Ferreira estava a falar do mundo moderno e, fora da Europa, a modernidade localizava-se nos Estados Unidos, sendo por isso aí assinalável o arcaísmo. As colónias ultramarinas eram, como já se referiu, um outro mundo, um mundo “pré-moderno”, no qual a escravatura era inteligível porque, se o direito natural a reprovava, por ser contrária “à igualdade da natureza humana, todavia, como em todas as reformas sociais, é mister não só atender aos princípios filosóficos, mas também ao desenvolvimento e circunstâncias dos povos, para ver se estão habilitados a receber essas reformas, ou até que ponto as podem receber [...]” (Ferreira, 1858, 66).

A opinião de J. Dias Ferreira (1837-1907), influente político, professor de Direito Civil na Universidade, e que desempenhou um papel fundamental na preparação do Código Civil português, é importante, não só pela centralidade jurídica do seus comentários ao Código Civil, mas também pela singularidade com que encarou o problema da convivência desse Código com a escravidão. À semelhança do que disseram todos os juristas portugueses da sua época, ele considerava ser um princípio da “civilização jurídica” do seu tempo o de que “todo o homem goza de personalidade jurídica, sem distinção de raça nem sexo, e qualquer que seja o seu estado intelectual ou físico” (Ferreira, 1870, p. 7). Todo o homem era, juridicamente, “um ser considerado como capaz [...] de ser sujeito activo e passivo de direitos” (Teixeira, 1845, 68). Contudo, ao contrário do que fizeram quase todos os juristas seus contemporâneos, ele afirmou com clareza que os escravos, sendo seres humanos, ainda não eram tratados pelo direito português como verdadeiras pessoas jurídicas. Considerava, contrariando novamente outras opiniões, que já aqui foram descritas, que os escravos que a lei de Fevereiro de 1869 tinham transformado em libertos eram ainda escravos. E que, sendo assim, aquele princípio da “civilização jurídica” do seu tempo não vigorava ainda nas províncias ultramarinas portuguesas. Nem mesmo no momento em que aí fora mandado aplicar o Código Civil de 1869. E explicou porquê: “Nas nossas possessões ultramarinas não é ainda completamente respeitado o princípio de que todo o homem goza de personalidade jurídica; e até o decreto de 18 de Novembro de 1869 manda aplicar às províncias ultramarinas o Código Civil [...] sem pre-

43 V. DCGECNP, Ses. 25 de Abril de 1837, p. 43.

44 O mesmo percurso havia de ser descrito por Mendes Leal, Ministro da Marinha, em favor do trabalho obrigatório nas colónias, v. Sess. de 12 Abril de 1864, *Diário de Lisboa*, nº 82, 14 de Abril de 1864, p. 1122 e ss.

juízo da legislação vigente sobre a escravatura. Mas não é por falta de respeito pelo princípio, e sim pela necessidade de atender a interesses criados desde longos anos, que seria inconveniente cortar de pronto sem um estado de transição que conciliasse as exigências da justiça com os interesses da sociedade” (Ferreira, 1870, 6-7). Feita esta exposição, vai mais longe, sugerindo que, afinal, o Código Civil português, ao não ter positivado aquele princípio de forma clara, podia até conviver com a escravidão ultramarina. Porque, ao contrário do que Dias Ferreira achava que devia ser, em nenhum dos seus artigos se tinha declarado que todo o homem era pessoa. Apenas se declarara, no art. 1.º, que só os seres humanos podiam ser pessoas. E o jurista achava que “De ser susceptível de direitos só o homem, não se segue que todo o homem, por ser homem, goze de direitos”. E achava também que, como no art. 7.º o Código “não estabelece a igualdade da lei para todos os indivíduos da espécie humana, mas sim para todas as pessoas”, isso podia significar que nem todos os “indivíduos da espécie humana” eram necessariamente iguais perante a lei. Reconhecia-se, de novo, que nem sempre os princípios e os direitos, mesmo os mais absolutos, estavam, ou podiam estar, positivados de forma universal.

Escravidão, liberdade, igualdade, propriedade

As exigências do mundo objectivo ocasionaram tensões internas no interior da doutrina dos direitos naturais, na qual a liberdade dialogava com outros direitos, como eram a igualdade e a propriedade. Esta última tendia a ocupar, na literatura jurídica do século XIX, um lugar hegemónico no conjunto dos direitos. O tema da escravidão veio, contudo, introduzir tensões nessa harmonia ideal entre os direitos da liberdade e da propriedade, porque a propriedade do escravo pelo senhor colidia com a liberdade original – e também com a propriedade original (de si mesmo, do seu corpo) – do escravo. Como a protecção da propriedade constituía outro dos fins do poder político, a equação podia funcionar tanto a favor do escravo como a favor do senhor. A resposta da maior parte dos políticos europeus tendeu para a superiorização dos – ou, pelo menos, para fazer equivaler os – direitos de propriedade adquirida dos senhores sobre os direitos de liberdade/propriedade do escravo. O escravo seria libertado, mas o direito do senhor a uma indemnização, sob a forma de alguns anos mais de trabalho gratuito e/ou de uma recompensa monetária oferecida pelo Estado, foi um direito reconhecido em quase todos os diplomas legislativos que aboliram a escravidão. Foi o que sucedeu em Portugal, onde a indemnização foi quase sempre o trabalho gratuito do escravo, ou em Inglaterra, onde houve indemnizações a cargo do Estado. Foi também o que sucedeu no célebre decreto francês de 27 de Abril de 1848, pelo qual Victor Schoelcher aboliu a escravidão nas colónias francesas. Ao reconhecer a sua dívida para com os senhores o pensamento abolicionista francês entendeu a emancipação como uma compensação suficiente e, mais do que isso, como um dom, ao qual associou uma dívida (Vergès, 2001). Ser bom cidadão, ser trabalhador, participar nos projectos colonizadores das “Mães-Pátrias” transformou-se, para muitos, numa obrigação dos libertados, criando entre os libertadores expectativas que, uma vez frustradas, viriam a servir para justificar as dimensões mais violentas dos projectos coloniais dos finais do século XIX e do século seguinte, nomeadamente no respeitante ao direito do trabalho.

Predomínio do direito de propriedade

Num contexto totalmente diverso do francês ou o do português, o do Brasil dos primeiros anos da independência, também as *Ordenações Filipinas*, o direito romano e a legislação colonial puderam prevalecer sobre os princípios jurídico-filosóficos. Aqui, a ênfase na legitimidade da escravidão não foi tanto colocada no argumento filosófico do “estádio civilizacional” das sociedades. Até porque esse argumento recairia de forma dramática sobre a sociedade que assim se descrevia, como efectivamente aconteceu, nos escritos de alguns abolicionistas brasileiros (Nabuco, 1883). Recorreu-se mais, por isso, a outros argumentos, como o da estrita legalidade e a defesa da propriedade privada. Assim, se, em Portugal, a doutrina jurídica contornou, de forma pouco linear, a questão da legalidade e da propriedade, ao considerar que a escravidão era ilegítima e carecia de fundamento, ainda que fosse provisoriamente tolerada no ultramar, no Brasil foi doutrinariamente válida a afirmação segundo a qual a escravidão estava assegurada pelo artigo que garantia, na Constituição de 1824, o direito de propriedade em toda a sua plenitude (art. 179). Isso não significa, contudo, que o discurso doutrinário brasileiro tenha sido, nesta matéria, um discurso linear.

Enquanto homem, o escravo era sujeito de direitos. Esta afirmação não foi, nas sociedades escravagistas do século XIX, uma afirmação puramente formal. Na verdade, ao contrário do que foi muitas vezes afirmado na doutrina jurídica oitocentista, o reconhecimento de direitos aos escravos era um princípio jurídico antigo, desenvolvido pela jurisprudência romana. No plano dos direitos pessoais, essa doutrina sempre entendeu que, tal como os direitos dos pais em relação aos filhos, os direitos dos senhores deviam ser temperados por princípios de humanidade, de misericórdia e, até, de funcionalidade jurídica, sendo para isso assimilados a poderes-deveres ou poderes funcionais, que permitiam classificar como abuso de direito o seu exercício excessivo, despótico ou arbitrário. Nos aspectos patrimoniais, por exemplo, reconhecia-se aos escravos uma limitada capacidade patrimonial, sob a forma de gestão autónoma de um *peculium*⁴⁵. Desta anterior reflexão doutrinária decorria que, no Brasil da primeira metade do século XIX, eram reconhecidas aos escravos capacidades jurídicas de algum relevo, relacionadas com esta sua esfera de direitos: podiam figurar nos processos como sujeitos (autores, réus, testemunhas), os seus depoimentos eram, em certas condições, válidos⁴⁶; e, sobretudo, podiam recorrer aos órgãos do Estado para ver reconhecido o seu direito à liberdade, em “acções de liberdade” (Grinberg, 1994, 25-26). No entanto, o escravo era também, em termos jurídicos, uma coisa, apropriável segundo as normas gerais do direito privado. Desse ponto de vista, a propriedade do seu senhor era legítima. Havia, portanto, um problema de reconciliação do direito de liberdade dos escravos (ou de segurança na propriedade de si próprios), que justificava o fim do poder privado dos senhores, com os direitos dos que os possuíam como propriedade, direitos que a primeira Constituição brasileira tinha consagrado no art. 179. Mas esse mesmo artigo foi também invocado em discursos “alternativos”, favoráveis ao fim da escravidão. Por exemplo, Caetano Soares, um jurista brasileiro dos anos ‘50, apelou à excepção prevista no art. 179 onde se admitia a expropriação mediante indemnização, quando estivesse em causa o bem público, para

45 Sobre este *peculium*, que pertencia ao dono do escravo mas era considerado, pelo direito, património separado, Alvaro d’Ors, 1873 (2ª ed.), 254. E sobre o seu reconhecimento na legislação brasileira, Mendonça, 1999.

46 As *Ordenações Filipinas* proibiam o escravo de ser testemunha (Liv. 3, Tit. 56, § 3) mas o seu testemunho valia em juízo contra o senhor (Liv. V, tit. 6, § 29).

defender a alforria forçada. O bem público que o justificava era, na óptica do jurista, a “extinção gradual da própria escravidão” (Pena, 2001, 163). Além disso, apesar da prioridade do direito de propriedade do senhor, também no pensamento jurídico e político brasileiro coexistiram, no que diz respeito à escravidão, ideias e princípios difíceis de conciliar. Coexistiram, e no interior das mesmas narrativas, sem dar necessariamente lugar a campos de argumentação irredutíveis, embora originando sempre tensões que não foram resolvidas, nem do ponto de vista filosófico, nem dogmático. Nessas narrativas opunham-se os princípios da Razão e da Religião e a lei positiva, o que dava lugar a “[...] uma tensão na hermenêutica dos jurisconsultos entre seus preceitos jurídico-morais favoráveis à liberdade e o instrumental das leis positivas, adoptadas de direitos antigos, para se regular a escravidão no país” [...]. Opunham-se também aqueles princípios e a ordem e segurança do Estado (Pena, 2001, 32-34). Estas tensões não deram lugar a resultados unívocos, o que mostra novamente como eram flexíveis, na época, as hierarquias que se estabeleciam entre princípios e normas. Tiveram, além disso, algumas (embora mínimas) repercussões sociais, já que, no Brasil da primeira metade do século XIX, aqueles mesmos jurisconsultos puderam, pontualmente, fazer prevalecer os preceitos jurídico-morais sobre as leis positivas (Pena, 2001, 108). Puderam também interpretar estas últimas à luz daqueles preceitos, conseguindo, com isso, decisões judiciais favoráveis à liberdade dos escravos que os procuravam (Lara, 2000). Mas o que não chegaram a problematizar foi o direito da propriedade de escravos. Pelo contrário, a maioria deles oscilou continuamente entre as duas faces da questão. Um exemplo paradigmático dessa oscilação foi o de Perdígão Malheiro, cujas reflexões sobre a ilegitimidade da escravidão face aos “princípios jurídico-filosóficos” tinham derogado a aplicação de algumas normas escravistas do direito romano, sobrepondo-lhe o princípio da liberdade, mas que viria, mais tarde, a afirmar, de forma contundente, a legitimidade da escravidão, “como direito legal, positivo, de posse e de domínio” (Pena, 2001, 256-57). As suas reflexões em torno do direito de indemnização dos senhores, às quais tive acesso através da obra de Eduardo Spiller Pena, são ilustrativas. Por isso, termino com elas:

“Concordo em que o Direito absoluto, desconhecendo inteiramente a *propriedade escravo*, nega o direito à indemnização [...]. Porém a questão não deve ser decidida e julgada segundo o Direito Natural [...]. A escravidão não vive e existe senão pela lei positiva, que a reconheceu, legitimou, manteve, e tornou-se para bem dizer cúmplice. Segundo ela, o escravo é uma verdadeira propriedade, coisa, possuído e sujeito a transacções como tal, sob a fé, garantia e salvaguarda da mesma lei. É, pois, de inteira justiça humana que seja ela respeitada em todas as suas consequências, e portanto também quanto à indemnização, que é não só de rigorosa justiça em tal caso (art. 179 §§ 22 da Constituição; leis de desapropriação), mas de equidade; há quase que uma desapropriação por utilidade pública, ou *humanitária*[...]”⁴⁷.

47 V. A.M.P. Malheiro, *A escravidão no Brasil. Ensaio historico-jurídico-social*, Rio de Janeiro, Tip. Nacional, 1866-1867, cit. em Pena, 2001, 308-309.

Bibliografia

- Alvarado Planas, Javier (2001) *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España de XIX*, Madrid: C.E.P.C.
- Benot, Yves (1989), *La Révolution française et la fin des colonies*, Paris: Éditions La Découverte.
- Berbel, Márcia, Marquese, Rafael, Parron, Tâmis (2009), *Escravidão e Política: Brasil e Cuba, c. 1790-1850*, S. Paulo: Editora Hucitec, no prelo.
- Bruschy, Manuel da Silva (1868), *Manual de Direito Civil Português*, Lisboa: Editores Rolland & Semiond, vol. I.
- Canotilho, Joaquim Gomes (s.d.), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 3ª ed.
- Cooper, Frederick, Thomas C. Holt e Rebecca J. Scott (2000), *Beyond Slavery: explorations of race, labour, and citizenship in postemancipation societies*, Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press.
- Craton, Michel (1996), “Property and propriety. Land tenure and slave property in the creation of a British West Indian plantocracy, 1612-1740”, in Brewer, John, Staves, Susan (eds.), *Early Modern Conceptions of Property*, London and New York: Routledge.
- Cain, William E. (1997), “Lincoln, Slavery, and Rights”, in Austin Sarat and Thomas R. Kearns, *Legal Rights, Historical and Philosophical Perspectives*, Michigan: University of Michigan Press.
- Alvaro d’Ors (1883), *Derecho Privado Romano*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2ª ed.
- Dias, Jill (1998), “Angola” in Joel Serrão e A-H. de Oliveira Marques (orgs.), *Nova História da Expansão Portuguesa*, vol. X: “O Império africano, 1825-1890” (coord. Valentim Alexandre e Jill Dias), Lisboa: Estampa.
- Dippel, Horst (2007), *História do Constitucionalismo Moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Dumond, Et. (ed.) (1840), *Oeuvres de Jeremy Bentham*, T. I: *Traité de législation civile et pénale. Tactique des assemblées politiques délibérantes. Traité des sophismes politiques*, troisième partie: “Droits et obligations a attacher aux divers états privés”, Bruxelles : Société Belge de Librairie, 3ª ed.
- Dubois, Laurent (1998), *Les esclaves de la République, L’histoire oubliée de la première émancipation, 1789-1794*, Paris: Calmann-Lévy.
- Engerman, Stanley, Drescher, Seymour, Paquette, Robert (2001), *Slavery*, Oxford: Oxford University Press.
- Ferreira, José Dias (1858), *Anotações aos elementos de Direito Natural do Ex.mo Sr. Vicente Ferrer Neto Paiva pelo seu discípulo [...]*, Lisboa, Imprensa da Universidade.
- Idem (1870), *Código Civil Portuguez Annotado*, Lisboa: Imprensa Nacional, vol. 1.
- Ferreira, Silvestre Pinheiro (1835), *Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, Paris: Rey e Gravier.
- Fioravanti, Maurizio (1991), *Appunti di Storia delle costituzioni Moderne. Le liberta: presupposti culturali e modelli storici*, Torino: G. Giappichelli Ed.

- Fioravanti, Maurizio (1995), *Appunti di storia delle costituzioni moderna, le libertà fondamentali*, Torino: G. Giappichelli Ed.
- Fradera, Josep M. (2008), "Eslavage et la logique constitutionnelle des empire", *Annales ESS*, nº 3, pp. 533-563.
- Fúria, Annalisa (2002), "La cidadinanza durante la rivoluzione francese (1789-1799)", in *Scienza & Política*, nº 27.
- Garriga, Carlos, Lorente, Marta (2007), Cadiz, 1812. La Constitución jurisdiccional, Madrid: C.E.P.C.
- Girón, Jesus Martínez (2002), *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudência del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- Grinberg, Keila (1994), *Liberata, a lei da ambiguidade. As acções da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*, Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- Grinberg, Keila (2001), *Código Civil e Cidadania*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Gauchet, Marcel (1988), «Droits de l'Homme», in Furet, François, Ozouf, Mona (orgs.), *Dictionnaire Critique de la Révolution Française*, Paris: Flammarion.
- Hall, Catherine Hall, *Civilizing Subjects, Metropole and Colony in the English Imagination 1830-1867*, London, Polity Press, 2002.
- Hespanha (2003), António Manuel, "Marginalia sobre história do poder", *Thémis*, Ano IV, nº 6.
- Hespanha, António Manuel (2009), *Hércules Confundido, sentidos improváveis do constitucionalismo oitocentista*, Curitiba: Juruá Ed.
- Klein, Herbert S. Kein, Luna (2010), Francisco Vidal, *Slavery in Brazil*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kohn, Margaret, O'Neil (2006), Daniel I., "A Tale of Two Indias: Burke and Mill on Empire and Slavery in the West Indies and America", in *Political Theory*, Vol. 34, nº 2, pp. 192-228
- Lara, Sílvia H. (2000), "Legislação sobre Escravos Africanos na América Portuguesa" in José Andrés-Gallego (coord.), *Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*, Madrid: Fundación Histórica Tavera/Digibis/Fundación Hernando de Laramendi (Cd-rom).
- Marshall (1996), "Parliament and property rights in the late eighteenth-century British Empire", in John Brewer and Susan Staves (eds.), *Early Modern Conceptions of Property*, London and New York: Routledge.
- Marques, João Pedro (1999), *Os sons do silêncio: o Portugal de Oitocentos e a Abolição do Tráfico de Escravos*, Lisboa: Instituto de Ciências Sociais.
- Marques, João Pedro (2008), *Sá da Bandeira e o fim da escravidão*, Lisboa: ICS
- Matos, Hebe Maria (2000), *Escravidão e cidadania no Brasil Monárquico*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Mendonça, Joseli Maria Nunes (1999), *Entre a mão e os anéis. A lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*, Campinas: Ed. da Unicamp.
- Mill, John Stuart (1993), *Considerations on Representative Government* (1ª ed.:1861, ed. Geraint Williams), London: Everyman.
- Montesquieu (1995), *De L'Esprit des Lois*, Paris: Gallimard (1ª ed. : 1748)
- Nabuco, Joaquim (2000), *O Abolicionismo*, Petrópolis: Editora Vozes, 2000 (1ª ed.: 1883).

- Oliveira, Maria Inês Cortes de (1988), *O Libertado: seu mundo e os outros*, Salvador, 1790-1890, S. Paulo: Corropio.
- Paiva, Vicente Ferrer Neto (1859), *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do Livro Único da parte I do projecto do Código Civil Português*, Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Peabody (1996), Sue, «*There are no slaves in France*», *The political Culture of race and slavery in the Ancien Régime*, Oxford: Oxford University Press.
- Pena, Eduardo Spiller (2001), *Pagens da Casa Imperial, Jurisconsultos, Escravidão e a Lei de 1871*, Campinas: Editora da Unicamp.
- Pimentel, Maria do Rosário (1983), “A escravatura na perspectiva do jusnaturalismo”, in *História, Cultura e Filosofia*, Vol. II, pp 329-375.
- Idem (2000/2001), “Escravo ou livre? A condição de filho de escravos nos discursos jurídico-filosóficos”, in *História, Cultura e Filosofia*, Vol. XIII, pp. 37-53.
- Ramos, Rui Manuel Gens de Moura (1992), *Do Direito português da nacionalidade*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Rosanvallon, Pierre (1992), *Le Sacre du Citoyen, Histoire du Suffrage Universel en France*, Paris : Gallimard.
- Silva, Cristina Nogueira (2009a), *Constitucionalismo e Império. A cidadania no Ultramar português*, Coimbra: Almedina.
- Idem (2009b), “Conceitos oitocentistas de cidadania. Liberalismo e igualdade”, *Análise Social*, Vol. XLIV (192).
- Silva, Júlio Rodrigues da (1992), *As cortes constituintes de 1837-38*, Lisboa: I.N.I.C.
- Sorumenho-Marques, Viriato, (2002), *A Revolução Federal, Filosofia política e debate constitucional na fundação dos E.U.A.*, Lisboa: Ed. Colibri.
- Sousa Pinto, Basílio Alberto de, *Lições de Direito Político*, manuscrito inédito, [c. 1840], p. 44, pub. em António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva (coords., 2004), *Fontes para a História Constitucional Portuguesa (c. 1800-1910)*, CD-Rom, Lisboa: FCT e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- Teixeira, António Ribeiro de Liz (1845), *Curso de Direito Civil Portuguez para o ano lectivo de 1843-44, ou Comentario às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Valdês, José M. Portillo (2006), *Crisis Atlântica, Autonomia e independência en la crisis de la monarquia hispana*, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Valdês, Roberto Luís Blanco (s.d.), “El «problema americano» en las primeras Cortes Liberales españolas (1810-1814)”, in A.A.V.V., *Los Orígenes del Constitucionalismo Liberal en España e Iberoamérica: un estudio comparado*, Sevilla: Junta de Andalucía.
- Vergès, Françoise (2001), *Abolir l’esclavage: une utopie coloniale, Les ambiguïtés d’une politique humanitaire*, Paris : Albin Michel.