



História (São Paulo)

ISSN: 0101-9074

revistahistoria@unesp.br

Universidade Estadual Paulista Júlio de
Mesquita Filho
Brasil

Ferreira, Ricardo Alexandre

Polissemias da desigualdade no Livro V das Ordenações Filipinas: o escravo integrado

História (São Paulo), vol. 34, núm. 2, julho-diciembre, 2015, pp. 165-180

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho

São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=221043245008>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

*Polissemias da desigualdade no Livro V das Ordenações Filipinas: o
escravo integrado¹*

*Inequalities polysemy in the Book V of the Philippine Ordinances: the
integrated slave.*

Ricardo Alexandre FERREIRA

UNESP/Franca – Departamento de História

Contato: ricalexe@gmail.com

Resumo: O presente artigo problematiza um dos pontos centrais da crítica dirigida por diferentes integrantes do chamado movimento das Luzes ao mundo do Antigo Regime. Trata-se da noção, já abordada pela historiografia especializada, de “desigualdade perante a lei”, compreendida como atributo intrínseco e negativo de diferentes Estados europeus até o final do Setecentos. Parte-se aqui do pressuposto de que é imprescindível ao trabalho do historiador interessado no estudo das formas de exercício da justiça compreender os significados conferidos a conceitos e estatutos jurídicos dentro dos limites das épocas e lugares em que foram elaborados e utilizados cotidianamente pelos contemporâneos. Especificamente, pretende-se, a partir da análise dos dispositivos legais presentes no Livro V do *Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal* — compilação de 1603 que no Brasil continuou, em grande medida, vigente até 1830 —, realizar um estudo das ambivalências e simultaneidades de sentido presentes nas penas impostas a pessoas de diferentes qualidades ou condições que integraram o Estado Português entre os séculos XVII e XVIII, com especial enfoque nas punições previstas exclusivamente aos escravos, tidos simultaneamente como coisas e pessoas.

Palavras-chave: Escravidão; Ordenações; Portugal; Justiça.

Abstract: This article aims to discuss one of the central points of criticism levelled by different members of the so-called Enlightenment movement to the *Ancien Régime*’s world. This notion, namely “inequality under the law”, was already debated and explored by specialized historiography, and is understood as an intrinsic and negative attribute of different European states until the end of XVIIIth century. It is assumed that is essential to the historian interested in the justice form’s study the understanding of the meanings given to many concepts and legal status. Such ideas must be considered within the limits of time and place in which they were developed and used by their contemporaries. Specifically, it is intended to take a closer look of the legal procedures presented in

the *Book V of the Philippine Code*, or *Ordinances and Laws of the Kingdom of Portugal*, a 1603 compilation of laws that remained, in Brazil, largely observed until 1830. From such analyses, a study of ambivalence and simultaneities of meaning present in the sentences imposed on people of different qualities or conditions, between the seventeenth and eighteenth centuries, will be conducted. To conclude, a special focus on punishments destined exclusively to slaves, considered both as things and people, will be given.

Keywords: Slavery; Ordinances; Portugal; Justice.

Colocar em questão um dos pontos centrais da crítica dirigida por diversos integrantes do chamado movimento das Luzes ao – que esses mesmos letrados denominaram – mundo do Antigo Regime tem sido uma estratégia conjunta de historiadores brasileiros e portugueses que vem frutificando e contribuindo para o avanço da compreensão de diferentes pontos da história de um mundo – o luso-brasileiro – edificado inicialmente pelas relações coloniais. Mais especificamente, toca-se aqui no problema da naturalização da crítica à noção de “desigualdade perante a lei”, por vezes compreendida como atributo intrínseco e negativo de diferentes monarquias europeias até o final do Setecentos.

Inspirado por tais desdobramentos historiográficos e a partir da análise de alguns dos dispositivos legais presentes no Livro V do *Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pretende-se enfocar ambivalências e simultaneidades de sentido inscritos nas penas impostas a pessoas de diferentes qualidades ou condições que integraram o Estado Português entre os séculos XVII e XVIII. Em especial, será colocado em foco o caso do escravo que, ao contrário do que se pode supor, encontrava-se, ainda que de maneira ambivalente, integrado à sociedade coetânea, e não dela completamente alijado, como pode fazer pensar uma leitura apressada e até anacrônica do Estado Português que antecedeu o chamado movimento das Luzes.

Para tanto, parte-se, neste ensaio, do pressuposto de que é imprescindível ao trabalho do historiador, e em especial daqueles interessados no estudo das formas de exercício da justiça, compreender os significados conferidos a conceitos e estatutos jurídicos dentro dos limites das épocas e lugares em que foram elaborados, pactuados e utilizados cotidianamente pelos contemporâneos.

O novo Livro V dos Felipes e a antiga noção de ordem

Herdeira da antiga tradição romana de concentrar a legislação em grandes compilações chamadas ordenações, a Coroa portuguesa, mesmo quando esteve sob o domínio dos reis de Espanha, enfatizava em tais códigos, bem como em todos os documentos oficiais de Estado da época,² uma noção estruturante das sociedades europeias modernas – a noção de ordem. Tal

concepção, que implicava na aceitação de um mundo naturalmente hierarquizado, embora cunhada ao longo dos séculos anteriores, em uma sociedade marcadamente cristã como a portuguesa alcançou uma imensa longevidade, pois se manteve no centro da fundamentação do imaginário político e jurídico do Estado moderno até o século XVIII. É preciso sempre ter em mente, como recorrentemente alertam os estudiosos do tema, que a “narrativa da Criação – ela mesma resultante de uma antiquíssima imagem do caráter espontaneamente organizado da natureza – inspirou seguramente o pensamento social medieval e moderno” (HESPANHA, 2010, p. 47-48).

Ainda assim, é preciso pontuar que, embora estivesse estruturada a partir de uma concepção cristã de ordem que, como afirmamos, deitava raízes em séculos anteriores, a sociedade lusa do Seiscentos e Setecentos precisava lidar com problemas senão completamente originais, tais como a escravidão e as expansões territoriais, pelo menos dotados de novas ênfases. Mais diretamente vinculado aos Novos Mundos configurados pela expansão marítima portuguesa, em meados do período marcado pela União das Coroas Ibéricas, quando o cativo de africanos ainda estava por se tornar a maior força econômica e um dos mais importantes reorganizadores culturais do mundo luso, o Código Filipino – em particular seu Livro V – configurou-se no principal instrumento legal a normatizar o mundo luso, além de remarcar o padrão de ordem que a partir dali se encarregaria de nortear as atribuições e responsabilidades de todos os membros da sociedade lusa. Nesse rol de leis – no ver do jurista oitocentista brasileiro Cândido Mendes de Almeida, síntese dos dois códigos que o antecederam (Ordenações Afonsinas, de meados dos mil e quatrocentos, e Manuelinas, cujas duas edições conhecidas datam das primeiras décadas dos mil e quinhentos) (CÓDIGO, 2004) –, a noção de ordem se sobrepunha a qualquer interesse particular, mesmo no que concernia aos temas que o mundo posterior à Revolução Francesa passou a conceber como assuntos eminentemente privados.

No Livro V estava previsto, por exemplo, que a mulher adúltera, assim como o homem flagrado a seu lado em adultério, poderiam ser lícitamente mortos pelo marido traído, salvo nos casos em que o marido fosse “peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade”. A pena não era a mesma para todos porque o crime não atacava apenas a honra do marido, perturbava todo o Estado, feria imediatamente o “soberano” em sua pessoa – o qual representava todos os seus súditos –, e a quem cabia zelar pelo equilíbrio do “corpo social”, “pois a força da lei [era] a força do príncipe” (FOUCAULT, 2004, p. 48).

Num mundo marcado pela hierarquia das ordens que configuravam o Estado, cada evento tido como criminoso afetava a todos indistintamente representados na figura do rei – inclusive os escravos – e, por isso, os réus eram condenados segundo as hierarquias próprias da justiça real, que, por sua vez, funcionava como uma espécie de restituidora da ordem perturbada pelo crime praticado. Assim, ao pensarmos em réus e vítimas no período, devemos considerar que a noção de

indivíduo é completamente estranha ao mundo que produziu e colocou em uso as ordenações portuguesas. A esse respeito, ao analisar "As estruturas políticas em Portugal na Época Moderna", António Manuel Hespanha afirma que:

[...] as leis fundamentais (a “constituição”) de uma sociedade (de um reino) dependeriam tão pouco da vontade como a fisiologia do corpo humano ou a ordem da natureza. Não era, de facto, a vontade humana – nem a dos governantes, nem a dos governados – que definia o que era justo ou injusto, o que era lícito ou ilícito, o que era politicamente possível ou impossível. Pelo contrário, o justo, o lícito e o politicamente possível estavam definidos numa ordem do mundo anterior e superior à vontade dos homens, mesmo dos monarcas. O indivíduo não estava, assim, na origem da constituição política ou da organização social; era esta, pelo contrário, que lhe atribuía um determinado papel social ou um certo conjunto de direitos e deveres (HESPANHA, 2001, p. 2).

Apesar de Portugal ter se mantido, como já dito, fiel à tradição codificadora do Direito Romano, o crime não existia em si mesmo, podendo apenas ser agravado ou atenuado com base em critérios mais ou menos fixos. Da mesma maneira que ocorria com réus e vítimas, a configuração do crime dependia necessariamente da definição da “qualidade dos envolvidos” – nobres, desembargadores, ouvidores, clérigos, escudeiros, peões, escravos, dentre outros – ou, em outras palavras, da posição dos envolvidos em relação ao rei que figurava no topo da estrutura social. Se essa qualidade era definida em função da posição que réus e vítimas ocupavam em relação ao jogo da hierarquia social da qual faziam parte, a noção de crime, com ela, também variava. O ponto de partida dessa qualificação era a verificação do Estado – tema mais detalhadamente explicado adiante –, ao qual estavam ligados os envolvidos em cada ocorrência especificamente. O tema, já analisado por historiadores do Direito e do Estado modernos, ganha importância ainda maior para a análise aqui pretendida quando considerado o lugar ocupado pelo escravo no interior da hierarquia social vigente, integrado aos demais membros, numa ordem onde a desigualdade não só constituía a regra, mas era vista como uma característica desejável.

[Título] 36 Das penas pecuniárias dos que matam, ferem ou tiram arma na Corte – Todo aquele que matar qualquer pessoa na Corte onde nós estivermos ou no termo do lugar onde nós estivermos, até uma légua, [...] se for em rixa nova pague cinco mil e quatrocentos réis, e se for de propósito pague o dobro. [...] E estas penas não haverão lugar no que tirar arma ou ferir em defesa de seu corpo e vida, nem nos escravos cativos que com pau ou pedra ferirem, nem na pessoa que for de menos idade de quinze anos que com qualquer arma ferir ou matar, ora seja cativo, ora forro; nem nas mulheres que com pau ou pedra ferirem, nem nas pessoas que tirarem armas para estremar [apartar brigas ou pessoas que estão brigando] e não ferirem acintemente, nem em quem castigar criado ou discípulo, ou sua mulher ou seu filho ou seu escravo, nem em mestre ou piloto de navio que castigar marinheiro ou servidor do navio enquanto estiverem sob seu mandado (LARA, 1999, p. 147-149).

Pela leitura do título 36 podemos observar que, embora elencado entre aqueles tipos de vítima que isentavam o agressor de punição, o escravo aparece ao lado de outros membros da sociedade que também poderiam ser fisicamente castigados, tais como os discípulos, os empregados da casa, as esposas, os filhos e os servidores de navios. Recordemos que as punições corporais nas sociedades de Antigo Regime nada tinham de reprováveis, pelo contrário, acreditava-se que o castigo doméstico moderado e utilizado com sabedoria não só era desejável, mas necessário aos cuidados a serem dispensados com aqueles que se encontravam sob o domínio de pais, mestres e senhores cristãos. Como ensinava em 1758, o padre secular, residente na Bahia, Manoel Ribeiro Rocha no seu *Etíope resgatado*:

Nos Provérbios (13: 24) se diz que, quem ama o filho, a cada passo o corrige com o castigo: *Quem poupa a vara, odeia seu filho; quem o ama, corrige-o prontamente*³; e conforme a raiz hebréia: *quem ama a seu filho, logo de madrugada o castiga*. Os rabinos, fundados nesta versão, entendida por eles em sentido errado, ensinavam que os pais logo de manhã deviam açoitar seus filhos, para que a lembrança do castigo matutino lhes fizesse esquecer as travessuras diurnas. O sentido, porém, mais vulgar, e comum exposição deste texto, é que, logo na puerícia — que é a aurora ou madrugada da vida —, devem os pais, amantes de seus filhos, tratar de os corrigir e castigar; pois não é negócio este de pouca importância, para que se possa diferir para a tarde; senão que para ter bom êxito, deve ser procurado logo de manhã, e de manhã muito cedo (ROCHA, 1758, p. 181-182).

Mais adiante em seu texto, entretanto, o sacerdote, bacharel formado em Coimbra, cuidou de expor a correta interpretação da passagem bíblica, ancorado em autoridades jurídicas e religiosas reconhecidas em sua época, não para condenar o castigo corporal, mas para prescrever a sua correta e eficaz medida:

O que posto, o dizer o texto na raiz hebréia, que o pai que ama o filho procura castigá-lo de madrugada, vale o mesmo que dizer que o pai não castiga o filho que ama enquanto a cólera está no princípio, nem enquanto está no aumento ou na declinação, senão quando se acha já finalizando; porque já então as últimas sombras desta noite se despedem e vem outra vez raiano e subindo a aurora e luz da razão. E isto mesmo é o que devem seguir os possuidores de escravos que confessam não poderem castigar sem cólera. Não o façam logo no princípio dela; esperem, sim, que decline e que vá já chegando-se ao fim; de sorte que o crepúsculo, ou resto dela, apenas lhes sirva de brando estímulo para entrarem no castigo, e não lhes sirva de impulso violento para o executarem; que esta no sentido em que falamos, parece ser a energia daquelas palavras do texto: *reprender precocemente*; as quais denotam ação obrada com advertência e conhecimento, e não com violência e precipitação (ROCHA, 1758, p. 184-185).

O pai, o senhor e, por consequência lógica, o soberano, é possível inferir a partir das lições do padre advogado setecentista, deveriam ter sabedoria para castigar com eficiência e justiça, explorando todas as possibilidades de ensinamento que o castigo físico representava quando

administrado de maneira cristã. Em estrita observância dessa dinâmica e das hierarquias vigentes, as punições para a prática de crimes variavam não só de condenado para condenado – sempre dependendo de sua posição ou estado — mas também de função pedagógica, uma vez que cada execução, como assunto de Estado, devia ser definida também levando em consideração o seu valor como exemplo para a emenda daqueles que no futuro pretendessem desafiar a ordem estabelecida. A pena de morte, a título de exemplo, embora tivesse o mesmo efeito prático para todos os sentenciados, era carregada de simbolismo, o qual deixava claro ser a posição ocupada pelo réu ou seu maior ou menor *status* social – se fidalgo ou peão – um dos importantes quesitos a serem considerados na definição da pena. Como detalhadamente explicou Silvia Hunold Lara, havia um conjunto variado de sutilezas textuais que poderiam significar ações bastante distintas no momento de se cumprir a vindita do Estado sobre o corpo dos condenados.

O criminoso podia ser condenado a *morrer por isso* (ou *por ello*, termo hoje inexistente), o que significa tornar-se infame pelo delito cometido, perder os bens e qualquer grau social, como o de nobre, por exemplo; alguns estudiosos afirmam que essa modalidade poderia ainda ser equivalente ao degredo ou a uma espécie de morte “civil”. Mais grave era a pena de *morrer por isso morte natural*, que indicava ser a morte infligida por meio do uso de veneno, de instrumento de ferro ou ainda do fogo. De modo semelhante, havia a *morte natural na forca ou pelourinho*, que correspondia à *morte natural* do enforcamento ou do suplício no pelourinho, findo o qual seguia-se o sepultamento. Este último aspecto a diferenciava da *morte natural na forca para sempre*, na qual a forca era erigida fora da cidade, ficando o cadáver exposto até o dia 1º de novembro, quando enfim era sepultado pela Confraria da Misericórdia. [...] podia-se ter ainda a *morte cruel* (com suplícios) e a *atroz* (a seguida de confisco dos bens, proscrição da memória, queima do cadáver etc.) [...] (LARA, 1999, p. 22-23).

A pertinência da desigualdade perante a lei ou os problemas de uma crítica anacrônica

Mesmo se considerarmos a precariedade do acesso aos requisitos mínimos de cidadania e a uma igualdade de direitos “de fato”, em grande parte dos países que integram o mundo atual, aos que, pela primeira vez, se defrontam com a descrição de penas distintas – principalmente as que envolviam torturas – impostas formalmente pelo Estado a criminosos, em função de sua posição na hierarquia social então vigente e não da maior ou menor gravidade do crime cometido, fica, em geral, a noção de que aquele era um mundo pior do que o que lhe sucedeu. Se não pior, talvez menos avançado, para usar uma noção mais familiar às sociedades posteriores ao Oitocentos.

Faz-se necessário, contudo, lembrar que essa não é uma impressão natural. A interpretação que ressalta o aspecto de “desigualdade perante a lei” como característica intrínseca e negativa do Estado no Antigo Regime é tributária, em grande medida, da crítica elaborada, entre fins do século XVIII e durante o XIX, por membros de tendências liberais e socialistas em suas lutas contra os

princípios atribuídos à sociedade que precedeu à Revolução Francesa (WEHLING; WEHLING, 2004).

Dentre diversos autores, podemos citar Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que se encarregou de escrever um longo tratado sobre o tema da desigualdade entre os homens – o *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754. Entretanto, do ponto de vista das contribuições iluministas⁴ ao processo de ruptura do Direito Penal com as concepções vigentes no Antigo Regime, é a obra *Dos delitos e das penas*, escrita em 1763 e publicada no ano seguinte por Cesare Beccaria (1738-1794), que ocupa o espaço mais destacado. Crítico ferrenho das leis penais vigentes até então, da tortura e da pena de morte, Beccaria se mostrava pouco tolerante e sutilmente irônico ao desacreditar a noção de desigualdade entre os réus e suas penas, independentemente do tipo de crime cometido. Dizia ele, em tom convicto:

A quem disser que a pena aplicada ao nobre e ao plebeu não é realmente a mesma em virtude da diversidade da educação e da infâmia que se derrama sobre uma ilustre família, responderei que não se medem as penas pela sensibilidade do réu, mas sim pelo dano público tanto maior quanto é ocasionado pelo mais favorecido; [...] (BECCARIA, 2005, p. 83).

Mesmo na ex-colônia portuguesa da América, já em meados do século XIX, o banimento da noção de desigualdade das penas em função da posição hierárquica do réu foi amplamente festejado por juristas e parlamentares como sinal inequívoco de evolução da razão rumo ao esclarecimento do espírito e à civilização. Ainda que, em alguns casos, o argumento fosse utilizado para justificar até mesmo a manutenção da pena de morte no Código Criminal do Império do Brasil, publicado em 1830 e destinado exatamente a substituir o Livro V, de 1603. Nas palavras de um jurista coetâneo:

O artigo 38 [do Código Criminal do Império] dispõe que a pena de morte será dada na força; assim não há torturas, nem mais a marca de ferro. Enquanto que sob o Antigo Regime, o machado era reservado aos nobres e a corda aos vilões, hoje a pena é idêntica para todos (salvo para os militares, bem entendido), e o mesmo suplício atinge o nobre e o peão (PERDIGÃO, 1882, p. 237).

A historiografia especializada, via de regra, tem mantido o reconhecimento atribuído pelos contemporâneos oitocentistas aos avanços do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 em relação às Ordenações portuguesas. Exemplar, nesse sentido, é a afirmação do historiador José Murilo de Carvalho registrada em obra especialmente elaborada para reunir alguns dos principais textos de um dos pais do código, Bernardo Pereira de Vasconcelos:

Concebido sob a inspiração do utilitarismo de Bentham, o novo código representou enorme progresso em relação ao Livro V das Ordenações do Reino, que ainda vigia no país. A qualidade da obra foi reconhecida no exterior, tendo servido de modelo para a legislação de outros países (CARVALHO, 1999, p. 19-20).

Na opinião de outros historiadores (MALERBA, 1994), no entanto, esse avanço foi maculado por configurar-se, muitas vezes, numa ideia desacompanhada de uma prática. Haja vista, por exemplo, a manutenção da escravidão no Brasil após a independência, e com ela a permanência de distinções e desigualdades formais numa sociedade liderada por elites, as quais, a partir de interpretações variadas, se autoidentificavam com princípios liberais. A respeito dessa questão podemos observar que, de um lado, em desabono do argumento, não havia necessariamente uma contradição entre ser liberal e manter-se como senhor de escravos. “Ideias de base iluminista e posse de cativos eram duas características aparentemente divergentes que acabavam por se encaixar de acordo com as mais variadas interpretações em diferentes partes da Europa e das Américas desde o século XVIII” (FERREIRA, 2011, p. 164). De outro lado, não é possível desconsiderar que o escravo na antiga colônia portuguesa da América permaneceu integrado no mais baixo nível da sociedade até a abolição.

Ainda assim, podemos observar que a cunhagem de uma noção de desigualdade levada a cabo por contraposição a um projeto que se apresentava como ruptura com o passado tendeu, como seria de se esperar, à generalização. Em outras palavras, simplificou demasiadamente os valores e preceitos que fundamentavam a organização social e, conseqüentemente, a noção de justiça predominantemente praticada em diferentes nações da Europa Ocidental e em muitas de suas colônias da América até o século XVIII. Aspecto que incluiu a porção lusitana da Península Ibérica, bem como todos os seus domínios – *O império marítimo português* (2002), na expressão de Charles Boxer.

No bojo de transformações mais amplas experimentadas pela historiografia portuguesa que tratou da análise do Antigo Regime luso, iniciadas ainda na década de 1980,⁵ alguns historiadores, tanto no Brasil quanto em Portugal, vêm chamando à atenção para a necessidade de considerarmos o período em análise a partir dos pressupostos internos que sustentavam tais práticas distintivas. Mais que isso, é preciso interpretar os sentidos e significações possíveis assumidas por conceitos e tipificações jurídicas aparentemente claros e indiscutíveis. Mesmo entre historiadores brasileiros dedicados à nossa história institucional vem se tornando cada vez mais frequentes advertências como a que recomenda não só cautela com a opinião dos críticos à justiça do Antigo Regime, como a necessidade de considerar que não existia naquele mundo uma separação clara de aspectos laicos e religiosos. Não havia uma noção de diferentes esferas da realidade, como aqui já asseverado -

tudo estava integrado em uma só ordem, “uma concepção integrada do universo” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 28).

Na obra ‘*Imbecillitas*’. *As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime* (2010), António Manuel Hespanha reafirma essa noção de visão integrada do mundo, que envolve premissas teológicas e normas jurídicas no período, para refutar a ideia de um suposto paradoxo – Se Deus, O Ser Perfeito criou o homem à sua imagem e semelhança, por que introduzira diferenças entre esses mesmos homens?

Esta idéia de que todos os seres se integram, com igual dignidade, na ordem divina, apesar das hierarquias aí existentes, explica a especialíssima relação entre humildade e dignidade que domina o pensamento social e político da Europa medieval e moderna. O humilde deve ser mantido na posição subordinada e de tutela que lhe corresponde, designadamente na ordem e governo políticos. Mas a sua aparente insignificância esconde uma dignidade igual à do poderoso. E, por isso, o duro tratamento discriminatório no plano social (na ordem da natureza, do direito) é acompanhado de uma profunda solicitude no plano espiritual (no plano da graça, da caridade, da misericórdia). Este pensamento - que se exprime na parábola evangélica dos lírios do campo e se ritualiza nas cerimônias dos lava pés - explica, ao lado das drásticas medidas de discriminação social, jurídica e política dos mais humildes (*miserabiles personae*, pobres, mulheres, viúvas, órfãos, rústicos, indígenas americanos), a proteção jurídica e a solicitude paternalista dos poderes para com eles, proteção que inclui uma especial tutela do príncipe sobre os seus interesses: foro especial, tratamento jurídico mais favorável (*favor*), por exemplo em matéria de desculpabilização perante o direito penal, de prova, de presunção de inocência ou de boa fé (HESPANHA, 2010, p. 56-57).

Hespanha acresce a essa explicação a ideia de que até o final do Antigo Regime a noção de desigualdade, tradicionalmente centrada em três ofícios, “a milícia, a religião e a lavrança”, foi mantida mais especificamente no domínio da representação em Cortes. Contudo,

[...] noutros planos da realidade jurídica (direito penal, fiscal, processual, capacidade jurídica e política), os estados eram muito mais numerosos. Nos distintos planos do direito, constituíam-se, assim, estatutos pessoais ou estados, correspondentes aos grupos de pessoas com um mesmo estatuto jurídico (com os mesmos privilégios). A concepção do universo dos titulares de direitos como um universo de “estados” (*status*) leva à “personificação” dos estados. Ou seja, a considerar que uma mesma pessoa tem vários estados e que, como tal, nela coincidem várias pessoas (HESPANHA, 2010, p. 58).

A simultaneidade de pessoas em um mesmo titular de direitos, nas sociedades de ordens, ficou mais conhecida a partir da publicação, em 1957, da obra *Os dois corpos do Rei*, de Ernest Kantorowicz (1998),⁶ que discute a coexistência da pessoa pública e da pessoa privada do monarca. No entanto, a questão era mais ampla, partia do príncipe e atingia todos os seus súditos. Ainda segundo Hespanha:

Frente a esta multiplicidade de estados, a materialidade física e psicológica dos homens desaparece. A pessoa deixa de corresponder a um substrato físico, passando a constituir o ente que o direito cria para cada aspecto, face, situação ou estado em que um indivíduo se lhe apresenta. A veste torna-se corpo. [...] Então, se são as qualidades, e não os seus suportes corporais-biológicos, que contam como sujeitos de direitos e obrigações, estes podem multiplicar-se, dando carne e vida jurídica autônoma a cada situação ou veste em que os homens se relacionem uns com os outros. A sociedade, para o direito, enche-se de uma pletora infinita de pessoas, na qual se espelha e reverbera, ao ritmo das suas multiformes relações mútuas, o mundo, esse finito, dos homens. A mobilidade dos estados em relação aos suportes físicos é tal que se admite a continuidade ou identidade de uma pessoa, ainda que mude a identidade do indivíduo físico que a suporta. Tal é o caso da pessoa do defunto que, depois da morte, encarna no herdeiro; mas é também o caso do pai, que encarna nos filhos, mantendo a sua identidade pessoal [...] Nestes casos, a realidade jurídica decisiva, a verdadeira pessoa jurídica, é esse estado, que é permanente; e não os indivíduos, transitórios, que lhe conferem momentaneamente uma face [...] Homem que não tenha estado não é pessoa. De fato, há pessoas que, por serem desprovidas de qualidades juridicamente atendíveis, não têm qualquer *status* e, logo, carecem de personalidade. Tal é o caso dos escravos (HESPANHA, 2010, p. 59-60).

Sem dúvida, tal reflexão, no que respeita especificamente ao escravo, fica ainda mais reforçada quando consideramos a definidora condição de coisa imposta aos cativos desde a Antiguidade, como precisamente descreve David Brion Davis em *O problema da escravidão na cultura ocidental* (2001):

[...] mesmo antes da 18ª Dinastia do Egito [por volta de 800 a.C], o escravo era legalmente definido como uma coisa; e a mesma concepção prevaleceu na Babilônia, Assíria, Grécia, Roma, Índia, China e em parte da Europa medieval. Como as leis que governavam a propriedade do escravo se desenvolveram aos poucos a partir das primeiras civilizações, foi quase universalmente aprovado que o escravo poderia ser comprado, vendido, comercializado, arrendado, hipotecado, legado, doado como um presente, penhorado por débito, incluído em um dote, ou confiscado em uma bancarrota. Por mais de três mil anos essas características legais da escravidão mudaram muito pouco; e no mundo ocidental foi a lei romana que deu uma forma sistemática e duradoura aos direitos dos senhores e dos escravos (p. 50).

O escravo ao mesmo tempo excluído e integrado

Embora se encontrasse fora do mundo das pessoas providas de “qualidades juridicamente atendíveis” – para usar termos do próprio Hespanha – os escravos, quando em juízo nos domínios portugueses, durante a vigência das Ordenações, também representavam uma categoria, no mínimo, ambivalente, como têm destacado autores brasileiros e lusos. Em razão de ser exercido sobre o escravo o direito de propriedade, na área civil, ele figurava como *objeto* da relação jurídica. Contudo, por lhe ser a prática de crimes imputável, o cativo figurava na área penal como *sujeito e*

objeto da relação jurídica. Os escravos, coisas do ponto de vista de sua situação material – pois podiam ser comprados, vendidos, alugados, emprestados etc. –, acabavam, do ponto de vista do ordenamento jurídico, perfeitamente integrados à sociedade, uma vez que respondiam pessoalmente por seus crimes, inclusive sendo apenados até mesmo pela mais grave falta que um súdito podia cometer nas sociedades de Antigo Regime – o crime de lesa-majestade.

Fartamente analisado pela historiografia especializada, o Alvará de 10 de março de 1682, promulgado sob a regência do Infante Dom Pedro (1667-1683), que tratava dos “negros fugidos” para Palmares, é talvez o documento português mais exemplar do fenômeno que estendia aos escravos as condições de punição destinadas aos demais membros da sociedade portuguesa da época.

Eu o Príncipe Regente e Governador dos Reinos de Portugal e Algarves. Faço saber aos que este meu Alvará virem, que pedindo a conveniência pública do sossego e quietação dos meus vassallos do ‘Estado do Brasil’ pronto remédio sobre os Negros fugidos para o Sertão: Fui servido resolver que com gente armada fossem dominados; e porque sucedendo maior a sua resistência na Capitania de Pernambuco, se travou em demanda deles tão crua peleja que, durando há muitos anos, ainda hoje não estão reduzidos todos [...] encomendo muito ao [...] meu Governador que ponha todo cuidado em que se continue a redução dos ditos Negros fugidos pelo meio de armas [...] enquanto, porém, se não averiguar a inocência ou culpa de todos, que foram presos e cativos, estarão nesta Corte, como em depósito judicial, ganhando de comer para seu sustento no serviço da República; porque deste modo não são castigados antes da prova do crime, se estiverem inocentes, nem de todo livres para se faltar ao castigo, se contra eles se provar que o mereceram. Nomeio para fazer esta averiguação ao Doutor Francisco da Silveira Souto-Maior, Desembargador da Bahia [...] Tirará o dito Desembargador devassa do crime de traição, que o dito meu Governador avisou intentaram fazer os ditos Negros de Palmares [...] sendo finalmente sentenciados se mandará fazer neles a execução pelas penas declaradas e impostas nas sentenças; e serão levadas as cabeças dos dois principais conspiradores, que forem condenados à morte, ao lugar do delito, onde serão levantadas em postes altos e públicos, que possam ser de todos vistas, e se não poderão tirar até que o tempo as consuma, para que sirva este exemplo, não somente de satisfação à culpa, mais de horror aos mais, que se não atrevam a cometer outros semelhantes (CÓDIGO, 2004, p. 1045-1047).⁷

Outro aspecto que, por um lado, complica ainda mais o entendimento do escravo em juízo em Portugal durante o Antigo Regime, especialmente em comparação com outras nações escravistas, era não haver para eles, de maneira geral, leis e tribunais especiais. Não houve na tradição do Direito Português, enquanto o cativo de africanos e descendentes permaneceu como uma instituição lícita, um conjunto de leis específicas para tratar dos casos jurídicos que envolviam os escravos, nem mesmo nas colônias, como ocorreu com a elaboração do Código Negro francês.⁸ Por outro lado, entretanto, quando analisamos diferentes títulos do Livro V das *Ordenações Filipinas* verificamos, para os escravos, destaques semelhantes aos que existem para outros grupos.

O título 86, destinado à punição dos que pusessem fogo e causassem danos, previa penas que variavam da venda de bens para o pagamento dos prejuízos (no caso dos fidalgos) até a prisão, o ressarcimento do dano e o degredo para África (no caso de escudeiros e peões). Mas, aos escravos a mesma lei impunha a pena de sofrer açoites públicos, permanecendo o senhor com a obrigação de arcar com o dano causado por seu cativo. Já o título 60 impunha a pena de açoites públicos “a qualquer pessoa” que furtasse “valia de quatrocentos réis e daí para cima”, e para os escravos açoites *com baraço* (laço passado em volta do pescoço do condenado) e *pregão* (a proclamação em voz alta pelo carrasco da culpa e da pena), mesmo que furtassem “valia de quatrocentos réis para baixo”. No Livro V havia ainda uma lei específica para a punição exemplar dos escravos que atentassem contra a vida dos seus senhores. O título 41 dispunha que, antes de ser executado “por morte natural na forca para sempre”, o escravo que matasse “seu senhor ou o filho de seu senhor” teria suas carnes apertadas por tenazes ardentes e as mãos decepadas. Caso o cativo, mesmo sem ferir o senhor, arrancasse contra ele uma arma, seria açoitado publicamente e teria uma das mãos cortadas (CÓDIGO, 2004, Título 41, p. 1190-1191; Título 60, p. 1207-1210; Título 86, p. 1233-1235). Ou seja, como é possível depreender da leitura das fontes, os escravos réus encontravam-se perfeitamente integrados a uma sociedade que tinha na diferença e não na igualdade a sua lógica ordenadora.

Essa manutenção do cativo criminoso junto aos demais tipos de réus, presente nas Ordenações Portuguesas, foi herdada pelo Código Criminal do Império do Brasil de 1830, que distinguia, contudo, a pena de prisão, no caso do réu escravo, comutando-a em açoites. Aí sim, nessa mudança de temporalidade, na construção de outros pactos de verdade, a manutenção do cativo gerou toda sorte de distorções. A manutenção da escravidão era a marca concreta da desigualdade dentro da sociedade que nascia sob o espírito de novos tempos.

Confrontados, os juristas se desdobraram em explicar o fenômeno. Em *A escravidão no Brasil* (1976), a mais importante obra a respeito da relação entre a instituição da escravidão e o direito no Brasil desde o período colonial, publicada entre 1867 e 1868, Agostinho Marques Perdigão Malheiro é enfático: “não há entre nós autoridades, juízes, ou tribunais especiais, que conheçam delitos cometidos pelos escravos”. Os cativos seriam processados, pronunciados e julgados como os homens livres ou libertos considerados criminosos. O escravo, sujeito do delito ou agente dele, não era entendido como coisa, e sim como pessoa. Caso figurasse como vítima, não se trataria de um crime de dano, e sim de uma ofensa física, embora o ofensor ficasse sujeito a indenizar o proprietário. Tal característica gerou até mesmo em alguns juristas favoráveis ao contratualismo e à igualdade iluministas, manifestas opiniões favoráveis ao tratamento dos diferentes de forma desigual em pleno século XIX.

É significativo na história do Brasil imperial, como um caso muito particular, lembrar que em suas *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal do Império* (1864) o jurista oitocentista Thomas Alves Júnior encontrava no crime de insurreição uma das maiores falhas da obra. Segundo ele, a escravidão gerava uma população diversa em direitos e deveres do restante dos membros da sociedade; logo, esses direitos e deveres distintos não podiam “ser classificados e definidos por um código comum”. Ele ia mais longe, argumentava que os crimes cometidos por escravos revestiam-se de “caráter e gravidade especiais”, e necessitavam de leis, procedimentos processuais e julgamentos especiais.

Por mais juridicamente sustentáveis que pudessem ser os argumentos oitocentistas, não houve sob a vigência das Ordenações, em qualquer parte do Império Luso, nem mesmo posteriormente, no território das ex-colônias, tribunais específicos para o julgamento dos casos que envolviam escravos. Os processos seguiam os mesmos ritos que os dos homens livres em todas as instâncias regulares. Cabia aos senhores a possibilidade de entrar com recursos contra as sentenças impostas aos cativos da mesma maneira que ocorria com os homens livres, guardadas as distinções de posição na hierarquia social previstas na legislação da época.

Considerado de ínfima condição e, portanto, digno das mais severas punições previstas no Livro V, o escravo criminoso deixava de ser juridicamente coisa. Embora sujeitos a todos os tipos de ações punitivas privadas que lhes fossem impostas pelos senhores, os cativos submetidos a julgamentos no Tribunal da Relação da Bahia, no período colonial, eram, segundo Stuart Schwartz, mais frequentemente soltos, por meio da intercessão de seus proprietários, do que os libertos ou livres sem posses (FERREIRA, 2011, p. 163).⁹

A sociedade luso-brasileira dos séculos XVII e XVIII manteve-se estruturada numa concepção de ordem natural que vigorou por séculos, em razão de uma capacidade eficaz de redimensionar-se conforme as demandas de cada momento. Embora não se tratasse, como observou Hespanha (2010), de uma sociedade imóvel ou de castas, qualquer mobilidade só era admitida para que a ordem fosse restabelecida. Assim, os papéis sociais assumidos por cada indivíduo a partir, sobretudo, do nascimento, constituíam suas verdadeiras personalidades aos olhos do Estado, suas funções, direitos e obrigações. Entre o rei e o mais humilde de seus súditos havia inúmeros níveis de personalidade jurídica que se encontravam perfeitamente equilibrados.

Ser escravo e ocupar o mais baixo nível da hierarquia numa sociedade organizada em razão de uma ordem que transcendia as relações meramente pessoais era, em alguns casos, ou mais precisamente no momento do julgamento e da punição pela prática de um crime, a possibilidade de ser integrado a essa sociedade com direitos semelhantes aos das pessoas pertencentes a todos os demais níveis, como vimos ao longo do presente texto. Tal característica, prevista no texto das

Ordenações Filipinas de 1603, permaneceria vigente no Código Criminal do Império do Brasil como uma das raízes luso-brasileiras herdadas pelo então novo Estado, que se tornou independente mantendo a instituição da escravidão africana vigente por mais de seis décadas.

Esta lógica – manter homens e mulheres em situações de formal desigualdade no Oitocentos – representava, se não uma contradição, no mínimo, uma ambiguidade que, no entanto, devemos enfatizar, permaneceu perfeitamente ajustada à sociedade lusa durante o Antigo Regime: uma sociedade fortemente hierarquizada na qual os escravos, por definição coisas, adquiriam personalidade jurídica, passando a existirem como pessoas no momento de serem julgados e punidos.

Referências

ALVES JÚNIOR, T. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal do Império*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BLACKBURN, Robin. *A construção do escravismo no Novo Mundo, 1492-1800*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BOXER, Charles R. *O império marítimo português 1415-1825*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do Iluminismo*. 2 ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1994.

CÓDIGO Filipino, ou, *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d’el-Rei D. Filipe I. Ed. fac-similar da 14^a ed. (1870), segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821. Com introdução e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 4v.

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

DUBY, Georges. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. *Crimes em comum: escravidão e liberdade sob a pena do Estado imperial brasileiro (1830-1888)*. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HESPANHA, António Manuel. As estruturas políticas em Portugal na Época Moderna. 2001. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_3843.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas*. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010.

KANTOROWICZ, Ernest. *Os dois corpos do Rei*. Um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARA, Silvia Hunold. *Campos da violência*. Escravos e senhores na Capitania do Rio de Janeiro 1750-1808. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LARA, Silvia Hunold (org.). *Ordenações Filipinas*: livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LARA, Silvia Hunold. Conectando historiografias: a escravidão africana e o Antigo Regime na América Portuguesa. In: BICALHO, Maria Fernanda; FERLINI, Vera Lúcia do Amaral. *Modos de governar*. Ideias e práticas políticas no império português séculos XVI-XIX. São Paulo: Alameda, 2005.

MALERBA, Jurandir. *Os brancos da lei*. Liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil. Maringá: EDUEM, 1994.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*. Ensaio histórico, jurídico e social. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1976. 2v.

MARQUESE, Rafael de Bivar. *Feitores do corpo, missionários da mente*. Senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas, 1660-1860. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Manual do Código Penal Brasileiro*: estudos sintéticos e práticos. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882.

ROCHA, Manuel Ribeiro. *Etíope resgatado, sustentado, corrigido, instruído e libertado*. Lisboa: Oficina Patriarcal de Francisco Luiz Ameno, 1758.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SALGADO, Graça (org.). *Fiscais e meirinhos*. A administração no Brasil colonial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SCHAUB, Jean-Frédéric. Novas aproximações ao Antigo Regime português. *Penélope*: revista de História e Ciências Sociais, n. 22, p. 119-140, 2000.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 1979.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil Colonial*. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Notas

¹ Este trabalho é parte de uma pesquisa mais ampla desenvolvida no âmbito do Projeto Temático “Escritos sobre os Novos Mundos (...)”, financiado pela FAPESP. Agradeço aos participantes do evento X Encontro Raízes Medievais do Brasil Moderno, realizado na UNESP, que debateram sobre a primeira versão do texto e ofereceram valiosas sugestões de aprimoramento, na medida do possível incorporadas.

² Em especial, dois estudos destacam-se na análise da estrutura jurídica do Estado Português à época, com especial enfoque nas especificidades do mundo colonial. São eles: SCHWARTZ, 1979; SALGADO, 1985.

³ Tradução do latim original de 1758 realizada para a edição, ainda no prelo, do *Etíope Resgatado*, toda em português, preparada por Jean Marcel Carvalho França e Ricardo Alexandre Ferreira, cuja publicação será realizada pela Editora UNESP, em 2016.

⁴ Embora a produção bibliográfica sobre o Iluminismo seja ampla, para uma visão geral dos integrantes do movimento, bem como de suas mais significativas obras, cf. CASSIRER, 1994.

⁵ Segundo Silvia Hunold Lara, “Em Portugal, no início dos anos 1980, a análise do Antigo Regime português passou por grandes transformações. A idéia da existência de um poder 'centralizado' e 'absoluto' foi sendo substituída por uma abordagem que enfatizava as redes de poder existentes na Monarquia portuguesa do Antigo Regime. Vários estudos sobre as casas aristocráticas, os funcionários régios, as fortunas e os direitos que atravessavam a sociedade política portuguesa nos séculos XVII e XVIII aprofundaram a perspectiva aberta inicialmente por António Manuel Hespanha, abrindo novos campos à investigação. Investigando as grades jurídicas e institucionais das hierarquias sociais, vários autores mostraram a existência de poderes concorrentes entre si, que lutavam pela obtenção de terras, títulos, ofícios e privilégios comerciais. O estudo do modo como se enlaçavam os interesses públicos e particulares, poderes locais e centrais, economia e política, hierarquização social e acumulação de riquezas transformou a visão até então vigente sobre os modos de governar o reino – também o Império Português. Tais concepções também se desenvolveram na historiografia brasileira, sobretudo a partir dos anos 1990, e a história política, que até então havia passado praticamente incólume por aquele movimento de transformações, começou a mover-se com velocidade. Novas abordagens sobre as relações de poder no mundo colonial começaram a surgir. As pesquisas sobre as formas de governar e sobre o funcionamento das diversas instituições que agregavam e davam consistência às redes hierárquicas que ligavam horizontal e verticalmente a sociedade colonial foram se desenvolvendo em conexão com estudos realizados para outras áreas do Império Português” (LARA, 2005, p. 31-32). A respeito dos desdobramentos da historiografia portuguesa sobre o Antigo Regime português, cf. SCHAUB, 2000.

⁶ A respeito do tema, cf. DUBY, 1994.

⁷ Excerto extraído do “Alvará de 10 de março de 1682”.

⁸ “O *Code Noir*, um decreto real baixado em 1685 por Luiz XIV, legislava a respeito do regime interno das colônias francesas conferindo especial atenção à vida dos escravos e suas relações com os senhores. Seus sessenta artigos não abrangiam apenas a escravidão, pois tratavam também da obrigatoriedade da observação da religião católica, contudo, regulamentavam temas como os casamentos de escravos, os direitos dos libertos, as indenizações a senhores e as punições de cativos criminosos” (FERREIRA, 2011, p. 156). Para uma análise do *Code Noir* em relação às políticas de gestão da mão de obra escrava nas Américas, cf. BLACKBURN, 2003; MARQUESE, 2004.

⁹ Para uma análise da relação entre senhores de escravos criminosos e a justiça em fins do período colonial, na região de Campos dos Goitacazes, na Capitania do Rio de Janeiro, cf. LARA, 1988.

Ricardo Alexandre Ferreira. Professor de História Moderna do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP/Franca. Av. Eufrásia Monteiro Petráglio, 900, Jd. Dr. Antonio Petráglio – 14409-160 – Franca, SP.

Recebido em 22/07/2015

Aprovado em 03/09/2015