

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ARTUR MONTEMEZZO

A “RAZÃO DE ESTADO” COMO ELEMENTO DO ABOLICIONISMO
(OFICIAL) NO BRASIL: QUANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE E A
TRANQUÍLIDADE PÚBLICA TORNAM-SE MAIS IMPORTANTES DO
QUE A LIBERDADE

CURITIBA
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ARTUR MONTEMEZZO

A “RAZÃO DE ESTADO” COMO ELEMENTO DO ABOLICIONISMO
(OFICIAL) NO BRASIL: QUANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE E A
TRANQUILIDADE PÚBLICA TORNAM-SE MAIS IMPORTANTES DO
QUE A LIBERDADE

Monografia apresentada à disciplina
Monografia Jurídica como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Prof.^a Vera Karam de Chueiri.

CURITIBA
2008

Dedico este trabalho aos meus pais, Itamir e Nicéia, e ao meu irmão Rodolfo.

Agradeço minha orientadora Vera Karam, pela compreensão e paciência; aos meus amigos de “esquadrilha”, sem os quais não teria me formado; e, por fim, ao Elvis – meu cantor predileto – por me acompanhar, de onde quer que esteja, em todos esses momentos de estudo.

RESUMO

O movimento abolicionista brasileiro, principalmente na segunda metade do século XIX, foi marcado por uma nítida separação de ideais: os escravos, rábulas e advogados independentes defendiam o fim da escravidão de imediato; aqueles que mantinham alguma relação com o governo eram partidários de um processo menos radical, o chamado gradualismo. Esta monografia preocupa-se em estudar estes últimos, notadamente os juristas membros do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), estabelecendo o vínculo que representava o Instituto entre seus quadros e as diretrizes estabelecidas para o encaminhamento da questão servil. Para tanto, no primeiro capítulo são lançadas as bases teóricas do direito e da propriedade necessárias à análise das atitudes dos jurisconsultos tomada a cabo no segundo capítulo. É marcante o respeito que denotavam ao direito de propriedade dos senhores e, em conseqüência, à tranqüilidade pública; que quando considerados em conjunto podem ser chamados “Razão de Estado”. Esse é o ponto central do trabalho: demonstrar como a “Razão de Estado” influenciou os discursos abolicionistas daquelas pessoas ligadas à administração imperial. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e a consulta a alguns sites na internet relativos à questão. Os resultados indicam um medo impregnado nas entranhas do governo, medo este que foi externado para a sociedade por meio dos porta-vozes oficiais, principalmente os congressistas e advogados membros do IAB, através de manifestações em favor do gradualismo da abolição e da defesa da “Razão de Estado”.

Palavras-chave: Abolição. Abolicionismo. Direito de Propriedade. Direito Medieval. Direito Moderno. Propriedade Medieval. Propriedade Moderna. Razão de Estado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 DO MEDIEVAL AO MODERNO	10
2.1 O MITO DA LEI	10
2.1.1 O Direito Medieval.....	10
2.1.2 A Invasão dos Elementos Modernos no Direito Medieval.....	13
2.2 A PROPRIEDADE	16
2.2.1 A Concretização Jurídica da Propriedade Moderna.....	20
2.3 NO BRASIL, UMA CONTRADIÇÃO APARENTE?	23
2.3.1 O Direito à Liberdade.....	24
2.3.2 Um Movimento da Elite.....	25
2.3.3 Na Constituição, os Reflexos de uma Contradição.....	28
3 A “RAZÃO DE ESTADO”	32
3.1 O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)	32
3.1.1 As Relações Entre o IAB e o Governo Imperial.....	33
3.2 AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	35
3.2.1 As Notas de Rodapé.....	35
3.2.2 A <i>Statu Liber</i>	36
3.2.3 A Renúncia de Teixeira de Freitas.....	39
3.3 CAETANO ALBERTO SOARES	42
3.3.1 O Discurso de 1845 e a Missão Evangelizadora do Direito.....	42
3.3.2 A Antinomia.....	45
3.4 AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO	47
3.4.1 A “Alforria Forçada” e o Direito ao Pecúlio.....	48
3.4.2 O Jurisconsulto Como Instrumento Político Imperial.....	50
3.4.3 Negando a Lei de 1871.....	54
4 CONCLUSÃO	61
5 REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO.

Incitados pela curiosidade, ou até pela necessidade, de conhecerem melhor a si mesmos, os homens recorreram aos antigos e posteriormente aos documentos para remontarem um passado próximo ou remoto. Contar histórias sempre foi uma atividade humana, até mesmo um dom, os bons tagarelas (contadores de história) normalmente guardam em si uma capacidade argumentativa além do normal. E, em uma analogia pobre, por vezes conseguem alcançar o *status* num pequeno grupo de pessoas daquele violeiro de roda acostumado a animar um sarau: na falta de um instrumento, não custa ouvir um bom episódio.

Alguns podem pensar que falar em violeiros e contadores de história não deveria ser papel de um trabalho científico, não lhes tiramos a razão, principalmente porque esse trabalho não se ocupará com isso, recorreremos à figura apenas como uma metáfora para representar o interesse do homem por tudo que o cerca.

Claro que quando falamos de ciência da história, a coisa deve seguir certas regras, devemos nos ater ao que é relevante, ao que deve ser dito. Mas como saber o que deve ser dito se até os grandes mestres divergiram sobre isso? Já houve os que falaram que a história era a contada pelos vencedores; passamos pela fase progressista dos positivistas; e, remontando ao violeiro, tivemos a chamada “história social”, “história vinda de baixo”, de Edward Thompson (RIBEIRO, 20__, p. 3-4). Tudo, absolutamente tudo o que acontece é importante, cabe ao historiador definir onde irá atuar e dali tentar fazer o melhor que pode.¹

Os homens não conseguem universalmente considerar algo, as variáveis são tantas que nos dariam um nó nos miolos. Assim a coisa se dá: ao analisarmos historicamente uma determinada época já começamos por amputá-la de algo maior da qual é fruto e criação; mas o que fazer? Somos sistemáticos, ao mesmo tempo em que as regras do sistema nos orientam, funcionam como as amarras que não nos permitem olhar por sobre o muro conjuntural. Não há solução definitiva, o ser humano é limitado e o reconhecimento dessa característica já é um longo passo: estudemos porque não se pode parar, mas sempre com a mão na cabeça, para que o passo fique dentro do comprimento das pernas, para admitirmos a comparação de

¹ É fundamental ao historiador atingir “a compreensão do seu objeto historiográfico. Objetivo difícil de ser alcançado porque se trata de penetrar na tipicidade de um certo clima histórico e da sua mensagem.” (GROSSI, 2007, p.18).

nossos resultados com os de outros cientistas, construindo o quebra-cabeça peça a peça, sem urgência. Para abrandar tanta impetuosidade, vinda de um simples graduando, socorro-me em um homem de reputação ilibada e saber infinito, o maior de todos os condes, Tolstoi:

A inteligência humana é incapaz de compreender a continuidade absoluta do movimento. As leis de um movimento, seja ele qual for, só se tornam compreensíveis para o homem quando este examina as unidades que o compõem.

[...] Tomando unidades de movimento sempre menores, apenas conseguimos aproximar-nos da solução do problema; nunca, porém, chegaremos a ela.

[...] No exame das leis do movimento histórico sucede exatamente o mesmo. O movimento da humanidade, produto de uma quantidade inumerável de vontades humanas, se faz ininterruptamente.

A finalidade da história é a compreensão das leis desse movimento. Entretanto para compreender as leis do movimento contínuo, resultante de todas as vontades dos homens, a razão humana admite unidades arbitrárias isoladas. O primeiro processo histórico consiste em tomar, arbitrariamente, uma parcela dos acontecimentos ininterruptos e examiná-la separadamente das outras, quando não existe nem pode existir começo de nenhum acontecimento, pois que todo o acontecimento, seja ele qual for, sempre decorre de um outro. O segundo processo consiste em examinar os atos de um homem, imperador ou capitão, como resultante das vontades dos homens, embora essa resultante jamais se exprima na atividade de um personagem histórico considerado isoladamente.

[...] É só tomando a unidade infinitamente pequena para nossa observação – as diferenciais da história, isto é, as aspirações uniformes dos homens – e aprender a arte de integrar (unir as somas desses infinitamente pequenos), que podemos ter a esperança de compreender as leis da história. (TOSTOI, 2002, v. 3, p. 923-925).

Nesse trabalho, admitindo desde já nossas limitações, esperamos tomar uma partícula ínfima da história e transformá-la em mais uma unidade dessa soma de que nos fala o grande mestre. Em nosso caso a partícula será menor ainda, pois trata-se de história, mas de uma de suas disciplinas específicas, a história do direito.

Analisaremos principalmente o período do segundo reinado no Império brasileiro (1840-1889, sem computar o período regencial), que se deu sob a coroa de D. Pedro II. O objetivo é determinar a influência da “Razão de Estado” sobre aqueles abolicionistas que mantinham um estreito vínculo com o governo, por isso o “oficial” no título do trabalho.

Chegaremos à análise do abolicionismo na segunda metade do século XIX no Brasil após cumpridas algumas etapas: no capítulo primeiro de nosso trabalho traçaremos um panorama geral da evolução do direito e da propriedade, desde o feudalismo – quando os homens possuíam apenas a memória como arquivo dos

fatos – até a revolução burguesa na França, marco do individualismo dos conceitos e dos homens. Interessa-nos esse estudo para identificar o caráter “absoluto” da propriedade moderna, que pautou o discurso dos juristas abolicionistas brasileiros. É um capítulo em tom introdutório, com conceitos gerais (mais teórico do que qualquer outra coisa), para entendermos as soluções adotadas e as idéias defendidas pelos nossos tão estimados jurisconsultos.

É fato que o movimento abolicionista teve seus primeiros sopros nos tempos da independência, foi ganhando força conforme o Império se desenvolvia. Tivemos basicamente dois grupos abolicionistas: os *radicais*, representados pelos próprios escravos e libertos que continuavam a lutar pela causa e alguns advogados e rábulas independentes; e aqueles que podemos chamar *moderados*, que defendiam uma abolição por etapas, sem violar o direito de propriedade dos senhores, sob o argumento da “Razão de Estado”.

É desse segundo grupo que nos ocupamos no capítulo derradeiro de nosso trabalho², escolhemos três personagens para representá-lo: Augusto Teixeira de Freitas, Caetano Alberto Soares e Agostinho Marques Perdigão Malheiro. Tudo começa com a criação do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros) em 1843, com base no Instituto, estabelecemos como se deram os primórdios do corporativismo jurídico no Brasil, uma organização da elite, bem ao contrário das organizações profissionais anglo-saxãs, foi um órgão criado pelo Estado e para o Estado, auxiliando-o nas questões jurídicas. Os três advogados citados ocuparam a presidência do IAB, foram protagonistas de discussões históricas dentro do Instituto e usaram o cargo para promover a abolição pretendida pelo governo: gradual e sem assumir grandes riscos. Por conta disso, incorreram em incontáveis contradições, que serão observadas no decorrer do trabalho: tinham por argumento máximo a “Razão de Estado”, que pode ser resumida pelo respeito à propriedade dos senhores para a garantia da segurança e tranqüilidade pública: a abolição, dada de chofre, desprezaria o direito absoluto de propriedade dos proprietários sobre seus escravos, a lavoura teria de contratar trabalhadores livres e, de um dia para o outro, as despesas arruinariam os produtores, fonte das maiores receitas do Império: essa era, em resumo, a linha de raciocínio dos defensores do gradualismo. Claro que

² Essa parte do estudo foi inspirada pelo livro de Eduardo Spiller Pena: Pajens da Casa Imperial: Jurisconsultos, Escravidão e a Lei de 1871. 1ª reimpressão. Campinas: Unicamp, 2005.

eram argumentos medidos, originados em um ambiente estritamente ligado ao governo, que queria ganhar tempo para uma eventual abolição; conseqüentemente, para nossos abolicionistas oficiais, deveriam os senhores receber uma justa indenização caso fosse decretada a liberdade de seus escravos, era primordial que se mantivessem, entre outras coisas, a tranqüilidade e segurança pública e o respeito ao direito de propriedade.

2 Do Medieval ao Moderno.

2.1 O Mito da Lei.

Apesar de existir uma continuidade cronológica entre a época medieval e a moderna, falta-lhes um elo que as enlace de maneira mais profunda, que reconheça o fruto dos homens de uma época em outra; há uma continuidade temporal, e só; o que realmente podemos detectar é uma descontinuidade efetiva, “que é efetiva justo porque a profunda diversidade nas soluções adotadas tem origem em fundamentos antropológicos radicalmente diferentes.” (GROSSI, 2007. p. 26).

Um ponto, porém, pode ser eleito como coincidente entre as duas eras: o direito, ambas as sociedades são jurídicas. No entanto, a descontinuidade efetiva que cauciona a diversidade de soluções adotadas em cada época aqui não se faz exceção:

[...] a presença do direito é intensa em uma e outra [sociedade], mas se tratam de presenças – por assim dizer – inversas: ao total e inegável respeito com o qual a dimensão jurídica circula constantemente nas veias do organismo medieval, contrasta a atitude de completa instrumentalização que domina no moderno. (GROSSI, 2007, p. 26-27).

2.1.1 O Direito Medieval.

Não podemos separar o direito da sociedade como um todo, ao mesmo tempo em que é fruto do social, embrenha-se em suas mais profundas raízes e renova-se por si mesmo, acompanhando a marcha das mudanças de tudo que o envolve, que se lhe faz relevante. A sociedade medieval tem por característica a ausência de um poder político consumado, não existe um projeto totalizante e centralizador. Os fenômenos sociais não são controlados pelo poder político, a ingerência da coisa pública sobre o social, até por circunstâncias logísticas, é limitado, se não inexistente:

[...] o social, fundamentalmente autônomo, sem obrigações vinculantes, vive plenamente a sua história em todas as possíveis riquezas expressivas; deixado livre, dá livre curso à sua criatividade através de milhares possíveis combinações, ligações, sedimentações, do plano político ao econômico, do estamental ao profissional, do religioso ao familiar, ao clã, às estirpes nobres, nos propondo uma paisagem com infinitas figuras

corporativas, que são a marca do vulto medieval [...]. (GROSSI, 2007, p. 27-28).

Como fica o direito no meio disso tudo? Ora, o direito é um fenômeno intrínseco à sociedade. Para existir, é suficiente um ajuntamento de pessoas minimamente organizado, organizações sociais que ainda não se fundamentam na *polis*, mas nos laços mais caros, e ao mesmo tempo fundamentais, ao homem, aqueles em que desenvolvemos primeiramente nosso afeto e, num segundo momento, nossas habilidades: sangue, fé religiosa, profissão, solidariedade cooperativa, colaboração econômica, etc. Na sociedade feudal, o direito vem antes do poder político, tem a marca da equidade gravada em seu cerne,³ não é resultado do poder, não é seu porta-voz e por ele não foi contaminado, simplificado, eivado de valores que talvez não correspondam ao que a sociedade realmente emana.

Existia o poder como gerência da coisa pública, e dele algo se originou: o que hoje chamamos de direito constitucional, penal, administrativo, etc., mesmo que vivendo seu exórdio, podia ser sentido; mas aquele direito por excelência, “a razão civil chamada a regulamentar a vida cotidiana dos homens, toma a sua forma direta e imediata pelo social e sobre as suas forças se desenha.” (GROSSI, 2007, p. 29). Era um direito que bebia de fontes variadas, e por isso mesmo apresentava-se fértil quando convocado:

³ Antes do poder político porque os grandes centros capazes de assumir para si o controle, ou parte, legal da vida privada de seus “subordinados” desapareceram; sabemos que nenhuma transformação é perfeita, sempre há uma perda de energia, essa desfragmentação, portanto, gerou uma infinidade de poderes menores que perderam, no decorrer da mutação, uma parte de suas atribuições; uma das baixas foi essa capacidade de ingerência do “público” no “privado”, quem recebeu esse novo poder viu-se incapaz de impor ordens que assumissem a rijesa da obrigatoriedade, o poder político era vivido não como Estad, mas de modo incompleto, “não totalizante, e continua por isso a ser incapaz de construir modelos de validade” (GROSSI, 2006, p. 50). Devemos considerar as condições enfrentadas na época: a comunicação era precária, as cidades diminuíram ou até desapareceram e a vida ficou tão difícil que a preocupação essencial das pessoas era a de suprir as necessidades básicas para viver o dia seguinte, o planejamento como atividade lúdica saiu de cena dando lugar ao imediatismo dos instintos. A equidade é consequência disso, se o poder não era capaz de interferir no direito, esse direito era criado por essa mesma gente que sofria o dia a dia, refletia as suas necessidades, a marca da equidade está na horizontalização da fonte legal. Marc Bloch (1987, p. 11-12), diz que “Boulainvilliers e Montesquieu consideravam que a fragmentação da soberania entre uma multidão de pequenos príncipes ou até de senhores de aldeia, era a singularidade mais impressionante da idade média”, e afirma que em seus estudos conheceu “poucas fases tão decisivas como aquele momento em que os <<Impérios>>, dinastias, grandes séculos, cada um colocado sob a invocação de um herói epônimo, em suma, todos esses velhos moldes oriundos de uma tradição monárquica e oratória, começaram a ceder o lugar a um outro tipo de divisões, baseadas na observação dos fenômenos sociais.” Como veremos, situação bem diversa da que encontramos no direito moderno, que “está intimamente vinculado ao poder político como mandamento de um superior a um inferior – de cima para baixo -, visão imperativa que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária”. (GROSSI, 2007, p. 15).

Seus canais são: geneticamente, um denso florescer de costumes, em medida prevalente a respeito das poucas intervenções autoritárias dos Príncipes; sistematicamente, um rico ordenamento operado, mais do que por legisladores, por mestres teorizadores, juízes, tabeliães ou simples mercadores imersos na prática dos negócios e intérpretes das exigências que essa impõe. (GROSSI, 2007, p. 29-30).

Esse direito, produto dos costumes, enraíza-se na sociedade e com ela entra em harmonia. Seus “mandamentos” são confluentes às necessidades sociais. É um direito predominantemente interpretativo, por isso maleável e substancioso, útil. Resultado de uma atividade de juízes, mestres, tabeliães, os conclamados “juristas” da época que, baseando-se em textos romanos e canônicos, constroem um direito autenticamente medieval.⁴

Nesse sentido, Marc Bloch elucida:

Fundamentalmente tradicionalista, como todas as civilizações da época, o sistema jurídico da primeira idade feudal baseava-se, portanto, na idéia de que o que foi tem, por isso mesmo, o direito de ser. [...] Na verdade, podiam existir <<costumes maus>>. De fato, os documentos da prática mencionam muitas vezes estas palavras, mas quase sempre para estigmatizarem desse modo regras de introdução recente ou tidas como tais. [...] Quer se tratasse da reforma da igreja ou de uma questão entre vizinhos, o prestígio do passado só podia ser contestado se se lhe opusesse um outro passado ainda mais venerável.

O curioso é que esse direito, perante o qual todas as modificações pareciam más, longe de se manter imutável, foi, de fato, um dos mais moldáveis que jamais se viu. E isto, por causa, acima de tudo, de não estar estabilizado pela escrita, não só nos documentos da prática, como sob forma de leis.

[...] Numa palavra, a jurisprudência exprimia mais as necessidades do que os conhecimentos. (BLOCH, 1987, p. 137-138).⁵

⁴ Entender o latim, que, por culpa da civilização romana, era a língua comum ao continente, era privilégio quase exclusivo dos clérigos; apesar disso, diz Bloch (1987, p. 134, 137), “a familiaridade com as velhas compilações não se teria perdido se existisse uma profissão de homens de leis. Mas a organização jurídica não continha advogados e todos os chefes eram juízes. O que equivale a dizer que a maioria dos juízes não sabia ler, sem dúvida uma má condição para a conservação de um direito escrito.” Não é de se admirar que a maioria dos tribunais proferia decisões puramente orais. “Se se pretendia reconstituir o que se passara, precedia-se a um inquérito junto dos juízes, se ainda viviam.” Na idade média, o esquecimento dos textos permitiu o aparecimento de uma nova ordem territorial, mas que Marc Bloch (1987, p. 136) prefere chamar “costumes de grupos”, porque “cada coletividade humana, na verdade, grande ou reduzida, inscrita ou não num território de contornos definidos, tem tendência para desenvolver a sua tradição jurídica própria: de tal modo que vemos o homem, conforme os diversos aspectos da sua atividade, passar sucessivamente de uma para outra dessas zonas de direito. Vejamos, por exemplo, um aglomerado rural. O estatuto familiar dos camponeses segue, geralmente, normas mais ou menos semelhantes em toda região circundante. O seu direito agrário obedece, pelo contrário, aos costumes particulares de sua comunidade.”

⁵ Completando o argumento, Marc Bloch diz ser da memória boa parte da “culpa” pela maleabilidade do direito feudal: “Quer se tratasse de transações particulares ou de regras gerais do costume, a tradição não dispunha de outras garantias além da memória. Ora, a memória humana, a fluente, a <<escorregadia>> memória, segundo a expressão de Beaumanoir, é um maravilhoso utensílio de eliminação e transformação: especialmente aquilo a que chamamos memória coletiva e que, não sendo afinal mais do que uma transmissão de geração em geração, alia os mal-entendidos da

A conseqüência dessa atividade jurisprudencial é uma lei (*lex*) de conteúdo objetivo, funcional, onde o sujeito emanador é deixado em segundo plano, até mesmo é indefinível⁶: a legitimidade de dizer o direito não se assenta sobre uma determinada pessoa, mas origina-se de uma infinidade de costumes diluídos entre as atividades do cotidiano. Por outro lado, o conteúdo da *lex* é um mandamento repleto de razão. Razão aqui entendida como um ato de ordenar, capaz de medir o real, uma atividade cognitiva de humildade⁷, projetando-se além da própria individualidade e colocando seu conhecimento em favor da sociedade; o conteúdo é objetivo porque é “antes de tudo, um conteúdo substancial determinado, porque é, antes de mais nada, leitura da realidade” (GROSSI, 2007, p. 33).

Por esse viés, o direito medieval é “um direito que não está nos projetos de um Príncipe, que não sai da sua cabeça, que não explicita as suas vontades benéficas ou malélicas, [...] que não é manobrado para beneficiar o Príncipe.” (GROSSI, 2007, p. 31).

2.1.2 A Invasão dos Elementos Modernos no Direito Medieval.

A pluralidade jurídica medieval baseada em costumes, extremamente dinâmica, pronta a responder aos desafios mais pungentes da sociedade e mesmo assim – ou por isso mesmo – complexa, mantendo-se distante dos interesses principescos, começa a ser substituída por outra, que vai estabelecer uma conexão completamente nova entre Príncipe e direito. É um caminho árduo e longo, de quase cinco séculos. A inércia histórica⁸ carrega consigo os institutos políticos e jurídicos medievais até o final do século XVIII.

palavra aos erros de registro por cada cérebro individual, quando é privada do elemento escrito”. (BLOCH, 1987, p. 138).

⁶ Mais para frente, quando tratarmos do direito moderno, falaremos do Príncipe como o único sujeito emanador do direito. Num direito predominantemente costumeiro e jurisprudencial como o feudal, quem, ou o que, emana o direito não se confunde com a figura de uma pessoa definida, é o resultado da observação, da relação intrínseca entre os homens e o meio.

⁷ “[...] porque o conhecimento é o maior ato de humildade que um sujeito pode realizar em relação ao cosmos e à sociedade, porque o conhecimento é a projeção do sujeito além da própria individualidade para descobrir na realidade externa a ele as verdades que essa contém”. (GROSSI, 2007, p.32-33).

⁸ Expressão utilizada por Paolo Grossi para designar o tempo (quase cinco séculos) que as “novidades modernas” levaram para superar completamente a ordem medieval, “que tinha conseguido se fundir com os nervos mais profundos da sociedade.” (GROSSI, 2007, p. 35).

Mesmo durante a vigência mais profunda da idade média, o direito romano nunca deixou de ser praticado na Itália. No entanto, as fontes originais, em sua maioria, tinham sido preteridas em favor de “mediócrs resumos”. A partir do século XI, há uma tendência de retomada dos livros antigos, principalmente do *Digesto*, que quase caíra no esquecimento. É ele que abrirá o caminho para a reflexão jurídica latina aos estudiosos italianos, e estes para o resto da Europa, o testemunho de um monge marselhês se refere a “verdadeiras <<multidões>>” se precipitando “para as lições proferidas por equipes de mestres, mais numerosas e melhor organizadas”, em Bolonha, acima de tudo. (BLOCH, 1987, p. 140-141).

A nova figura do Príncipe é resultado de transformações na sociedade, as atenções começam a voltar-se para os homens, em uma realidade cada vez mais antropocêntrica, a fé em Deus está sendo substituída por uma crença no homem. No medievo, os indivíduos são vistos como um todo, como participantes de uma coletividade que, no fundo, é mais importante, enquanto o moderno tenta libertar cada ser e transformá-lo em alguém diverso daquele que o ladeia; é a origem do individualismo moderno. O soberano, assim, é libertado politicamente, assume uma solidão absoluta, em si mesmo estão as justificativas para seus atos.⁹

Tenderá a projetar para o exterior uma vontade perfeitamente definida, que encontrou já nele toda e qualquer possibilidade de justificação. [...] lentamente, mas incessantemente, a velha psicologia de indiferença em relação a grandes zonas [do direito] é substituída por uma psicologia extremamente atenta, uma atitude invasiva, um envolvimento sempre maior na produção do direito¹⁰. (GROSSI, 2007, p. 36).

Cada vez mais percebemos essa ingerência nos antigos campos do costume, o pluralismo das fontes vai cedendo a uma fonte única de normatização direta realizada pelo Príncipe, temos um direito cada vez mais fixo, por

⁹ “Deus deixa de ser visto como o emanador das normas jurídicas, ou como última justificação para a existência das mesmas, [...] trata-se da acentuada passagem do pensamento teocêntrico ao antropocêntrico.” (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 236). Surge uma nova concepção de direito natural, que pode ser considerado o conjunto das leis e direitos intrínsecos ao homem, mas que só podem ser conhecidos se filtrados pela razão, “é aquele de que obtemos conhecimento através da razão”. (BOBBIO, 2006, p. 22). Temos um pensamento “humanístico-racionalista, acreditando na independência absoluta da razão, postulando o estado de natureza, os direitos inatos, o contrato social e pretendendo ser possível, através das luzes da razão, formular os preceitos jurídicos em seus detalhes.” (BATALHA; NETTO, 2000, p. 56).

¹⁰ Foi no final do século XI, exatamente quando ocorreu o afluxo de pessoas à Itália, que os altos barões começam a seguir uma tendência de apoiarem-se num conselho de juristas profissionais: “a partir de 1096, aproximadamente, vêm-se aparecer, entre os conselheiros que compunham a corte do conde de Blois, personagens que, não sem orgulho, se intitulam <<doutos nas leis>>”; na França, Filipe-Augusto regulamenta por decretos várias matérias feudais. (BLOCH, 1987, p. 141-143).

especialidade, por via legislativa, que perde muito de sua plasticidade. Ao final do século XVIII, a lei assume o papel principal: não mais na acepção da *lex* racional, carregada de objetividade e dirigida aos problemas reais que enfrentavam os que a ela recorriam; mas na lei em sentido moderno (*loy*), como vontade autoritária de quem detém a soberania e “caracterizada pelos atributos da generalidade e da rigidez”. (GROSSI, 2007, p. 38).

A norma se auto-legitima como lei, pois provém de um sujeito soberano, é a arma do Príncipe para conter o fenômeno jurídico (dos costumes) e vinculá-lo ao seu poder; assume uma dimensão subjetiva, ao contrário da *lex*, pois não pretende responder diretamente a um problema enfrentado pela sociedade, mas funciona como a condução de uma vontade de alguém, um sujeito, nomeadamente aquele que está no comando, que tem em suas mãos a soberania. Dessa maneira, a lei transforma-se em uma forma pura, “um ato sem conteúdo, um ato que nunca será um determinado conteúdo a dar o crisma da legalidade, mas sempre e somente a proveniência do único sujeito soberano.” (GROSSI, 2007, p. 39).

O pluralismo cede ao rígido monismo; os costumes, à vontade do Príncipe, único ser pairando sobre as paixões e os partidarismos do mundo.

Assim a lei torna-se mito, nasce sua mística, uma mística da lei enquanto lei, um legado do absolutismo que a revolução do século XVIII receberá sem nenhuma dificuldade, “intensificando-a e tornando-a cada vez mais rígida em relação às aberturas subsistentes do antigo regime, sob o acobertamento de simulacros democráticos.” (GROSSI, 2007, p. 40).

No entanto, esse direito plúrimo mostra-se teimoso, a lei demora para tornar-se sinônimo de direito, a soberania do Príncipe encontra dificuldade para quebrar a barreira dos costumes onde estes estão mais arraigados; Não foi por pura vaidade que o primeiro código que Napoleão editou tenha sido o Código Civil, exatamente aquele que versa sobre os espaços de obediência aos costumes, os mais resistentes às novas tendências¹¹: “O drama do planeta moderno consistirá em

¹¹ Após 1789, as tradições consuetudinárias feudais vão sendo minadas através de leis e decretos, pavimentando o caminho para a nova codificação. A tentativa de Napoleão é conquistar o espaço onde os costumes cavaram sua mais profunda trincheira, era uma questão estratégica para fortalecer o Estado e, por consequência, ele mesmo com soberano: o direito civil é derivado do poder civil, por poder civil podemos entender aquele que compete ao Estado, o Estado como uma “associação perpétua” dos homens livres; assim, por exemplo, o casamento e o estado civil torna-se leigo e o divórcio estabelecido, (uma lei de 1816 [o código é de 1804] suprimiu o divórcio que foi retomado em 1884) e o filho natural recebeu os direitos do filho legítimo. (BATALHA; NETTO, 2000, p. 381-382) e (BOBBIO, 2006, p. 21).

realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na lei; para isso, basta que esta seja lei, mesmo que seja ruim ou iníqua [...]”. (GROSSI, 2007, p. 44).

2.2 A Propriedade.

Se até agora abordamos o que era o direito nas duas diferentes eras, de aqui por diante nos interessa verificar como um dos mais caros conceitos jurídicos ao homem manifestou-se, e evoluiu, nestes contextos tão distintos: a propriedade.

Propriedade é poder sobre a coisa, uma situação de poder exercida de forma direta e imediata sobre o bem tutelado pelo ordenamento, “é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica”. (GROSSI, 2006, p. 6, 39).

Para analisar a propriedade, Grossi (2006, p. 30) lança mão de um instrumento interessante, a mentalidade, pensada como os “valores circulantes” em uma determinada área espacial e temporal, suficientemente fortes para serem colhidos como “realidade unitiva” por superar a dispersão dos fatos e episódios espalhados, constituindo o “tecido conectivo” oculto daquela área. A propriedade, dada a sua importância, seria mentalidade no mais alto grau:

[...] nela, talvez mais do que qualquer outro instituto do direito, exalta-se e se exaspera o que se está dizendo agora do jurídico, porque ela, rompendo a trama superficial das formas, liga-se necessariamente, por um lado, a uma antropologia, a visão do homem no mundo, por outro, em graça de seu vínculo estreitíssimo com os interesses vitais de indivíduos e de classes, a uma ideologia. A propriedade é, por essas insuprimíveis raízes, mais do que qualquer outro instituto, mentalidade, aliás mentalidade profunda. (GROSSI, 2006, p. 31).

Os homens da idade média careciam das tradições históricas, sua memória era a ferramenta essencial e mais poderosa que podiam carregar consigo. O direito dos juízes e tabeliães medievais era carregado de efetividade, era objetivo, materializado por figuras jurídicas rudimentares, porém reais. Os “arquetipos culturais” na manufatura jurídica não existiam, ou eram muito pálidos para fazer-se sentir; as energias estavam voltadas para a fabricação de um direito que responderia prestes às necessidades essenciais.

Ora, não é de se admirar que um conceito de propriedade inserido nesse direito apresente-se essencialmente possessório, ou seja, o pertencimento sobre a coisa revela-se conforme o grau de efetividade/utilidade que se dá ao bem possuído¹²; é reflexo, entre outras coisas, da objetividade da *Lex* e da precariedade material e intelectual da idade média que exigia o mínimo desperdício: a mentalidade estritamente proprietária romana é substituída por uma civilização predominantemente possessória, “à qual é de todo indiferente a idéia de uma relação de validade [...] e que é, ao contrário, dominada por um vigoroso princípio de efetividade.” (GROSSI, 2006, p. 45).

Se considerarmos apenas a propriedade sobre a terra, como é o caso, primordialmente no Brasil, das Sesmarias: porções de terreno colocadas sob a posse dos beneficiários com a condição de fazerem deles terras produtivas:

No início do século XIX, como temos tentado demonstrar, a situação da propriedade da terra, do ponto de vista do seu ordenamento jurídico, era caótica. Falar em termos de proprietários de terras, no sentido estrito, portanto, não se justifica. O senhorio rural que se desenvolvera na colônia ainda não constituía propriamente uma classe de proprietários de terras porque a maioria dos ocupantes das terras (sesmeiros ou posseiros) não possuía um título legítimo de domínio. (SILVA, 1996, p.80, citado por VARELA, 2005, p.128).¹³

Marc Bloch (1887, p. 139-140) constata que era raro falar-se em propriedade, seja de uma terra ou de um poder de mando, ma era feudal. Mais raro ainda era a incidência de algum processo sobre essa propriedade. Conteúdo da reivindicação das partes versava, quase sempre, sobre a *saisine* “(posse de bens de raiz). [...] Também, por outras razões ainda, a palavra propriedade, aplicada a um imóvel, teria sido vazia de sentido.”¹⁴

¹² Posse é aqui entendida como o trabalho efetivo realizado sobre o bem, o direito era mais voltado às necessidades e a propriedade mais às coisas.

¹³ SILVA, Ligia Osório. **Terras Devolutas e Latifúndio** (Efeitos da Lei de 1850). 1ª edição. Campinas: Editora da Unicamp, 1996. O sistema das sesmarias foi largamente utilizado por Portugal para colonizar o Brasil. Laura Beck Varela (2005, p.125), atribui à Lei de Terras de 1850 a organização da propriedade privada no Brasil, direito [de propriedade] que já estava positivado na Constituição de 1824, em seu artigo 179. No mesmo sentido, Castro (p. 116, citado por VARELA, 2005 p.128-129): “[...] a partir de meados do século XIX, transformam-se concepções e atitudes frente à propriedade territorial que plenamente se transforma em mercadoria, possibilitando a existência real da propriedade capitalista da terra no Brasil”.

¹⁴ Etimologicamente, *Saisine* deriva do verbo de origem germânica *saisir*, designando posse, utilização, uso, etc.: “Para compreender o que é *saisine* tem-se, em primeiro lugar, que esquecer todas as categorias romanas ou modernas. É preciso, em seguida, ter em conta que o pensamento medieval era muito realista: o exercício visível e material do direito tinha mais importância do que o direito abstrato em si. A propriedade era concebida, transferida e defendida sob a forma de *saisine*. É

Nessa sociedade possessória podemos definir “possessório” como algo economicamente e socialmente efetivo. Ao processo de Renascimento jurídico, onde detectamos um retorno às fontes originais do direito clássico, devemos a figura do “Domínio Útil”¹⁵, criação da ciência dos Glosadores: bebendo das fontes antigas, principalmente do *Corpus* de Justiniano, onde o poder político era exercido por um órgão centralizador, trazem as soluções romanas para o seu tempo, tendo de legitimá-las em um ambiente que esse mesmo poder não é vivido em sua plenitude, está fracionado, incompleto, dividido em tantas quantas forem as realidades objetivas que possam ser vividas: “O domínio útil é fruto dessa já indispensável contaminação entre o plano da efetividade e o da validade, é o conjunto das certezas altomedievais repensado ‘romanisticamente’ em termos de *dominium*”. (GROSSI, 2006, p. 50-51).

Apesar de possuir um toque do princípio romano de tratamento da propriedade, o domínio útil é basicamente a tradução em termos jurídicos da mentalidade possessória do medievo, a mentalidade do primado pelo efetivo. Fortemente sedimentada, essa mentalidade dá solidez ao domínio útil como “ponta saliente de um projeto jurídico”, que só poderá ser superado, para que possamos ter um novo conceito de propriedade, “quando uma nova mentalidade jurídica se tiver consolidado” e, como sabemos, “o tempo das mentalidades é de longa duração” (GROSSI, 2006, p. 53, 62):

preciso, por fim, ter em conta a multitude de direitos que se podiam sobrepor sobre um mesmo bem. [...] Como diz uma expressão normanda do século XIII, <<aquele que tem a *saisine* da terra, é aquele que a possui, a ceifa e a trabalha nela, recebe os seus frutos e produtos>>. (LÉVY, 1973, pág. 62-63). Quanto à probabilidade de incidência de um processo sobre a propriedade, Lévy (1973, p. 75) é taxativo: “A reivindicação, enquanto proteção específica da propriedade, deixou de existir. É indecisa a fronteira entre a sanção da propriedade e um ação penal por roubo ou mero ato de posse, embora o proprietário goze da proteção judiciária”.

¹⁵ O domínio útil é tratado como parte de um desmembramento da propriedade, no medievo existia o *dominium directum* que pertencia suserano e o *dominium utile*, ao vassalo. Este último trabalhava a terra verdadeiramente, no entanto era obrigado a prestar serviços pessoais (como servir ao exército) ao primeiro. No entanto, não devemos pensar que o domínio útil moveu o foco do direito medieval da realidade fática para as pessoas: mesmo o direito romano admitindo algumas exceções à propriedade unitária, como o condomínio, ela eram apenas um empobrecimento do seu conteúdo, o domínio era ainda único, exclusivo do titular, o foco estava na pessoa. (BATALHA; NETTO, 2000, p. 412, 418). Por isso o domínio útil é o *dominium* romano adaptado à realidade medieval: o foco permanece nas coisas, é uma teoria da “propriedade dividida”, não-unitária, portanto, não individualista. “Falar em domínio direto e domínio útil significa sobretudo uma abordagem anti-individualista de grande humildade em relação à realidade”. Um gozo que por autonomia e efetividade torna-se *dominium*, “os fatos concernentes à *utilitas* podem e devem encarnar uma propriedade.” (GROSSI, 2006 p. 50-53).

É um processo de renovação que leva cinco séculos, do XIV ao XIX, e que somente em seu êxito final obtém a inversão de um sentido, a reviravolta da mentalidade: somente na metade do século XIX o fruto, já maduro, destaca-se do ramo, mas a progressiva maturação teve uma duração plurissecular. (GROSSI, 2006, p. 62).

O sistema objetivo de propriedade talhado pela idade média, refletindo a realidade das coisas, é substituído por uma nova tendência não preocupada com o real, mas em busca de autonomia¹⁶. O externo, para essa nascente força, existe apenas como algo a ser dominado, como o campo de ações daquilo que está preso no interior do sujeito, que vai se manifestar e concretizar sobre o real, para Paolo Grossi, a propriedade é um capítulo da história da transformação humanística geral:

A história da propriedade jurídica moderna tem um seu curso subterrâneo e um manifesto, ou, se se preferir, uma pré-história e uma proto-história: a primeira consiste em uma capilar análise de não-juristas toda voltada a definir um renovado modelo antropológico e politológico, aquele que hoje, com frase feliz e bem aceita, costuma-se chamar, não incorretamente, de individualismo possessivo; [...] a segunda, [...] começará a fluir expedita e contínua bem mais tarde, sobretudo com a grande reflexão pandecteísta do século dezoito, quando, calcado no modelo antropológico já há tempo definido, desenhar-se-á um completo e rigoroso modelo jurídico, e a nova propriedade, de prestigioso desenho consignado no álbum dos juristas, assumirá também a substância de uma ordem organizadora da vida quotidiana. (GROSSI, 2006, p. 64-65).

A complexidade da propriedade feudal, gerida por um borbulhante quotidiano ávido por soluções funcionais, vai gradualmente sendo substituída por uma busca pela mais absoluta simplicidade; devemos lembrar aqui do Príncipe isolado e prepotente: a propriedade moderna é exatamente aquela que nega as soluções da feudal, é produto da soberania de um sujeito que observa a sociedade do mais alto dos solares, é subjetiva, pois nada mais é do que a emanação das suas potencialidades, “o mundo dos fenômenos, na sua objetividade, é somente o terreno sobre o qual a soberania se exercita”. (GROSSI, 2006, p. 67).

Uma metáfora utilizada por Grossi (2006, p. 68-69) é capital para entendermos a função da simplicidade: a idéia é retirar da propriedade a sua relação com as coisas, torná-la subjetiva, cada vez mais arraigada no interior do sujeito, cada vez mais etérea e absoluta; ora, o que ligava a propriedade medieval ao

¹⁶ Essa tendência resulta diretamente da nova visão antropocêntrica do mundo e do isolamento do príncipe como fonte única do direito, dando o respaldo necessário para a lei existir apenas como lei, com um mandamento a ser obedecido apenas porque vem de cima para baixo – imposto por alguém que detém a soberania – sem nenhuma preocupação que exista um vínculo de seu conteúdo com a realidade.

mundo dos acontecimentos era a figura do *dominium*, ele que deveria ser amputado do conceito, pois era o mais fiel representante do pluralismo medieval; segundo o historiador, nos velhos tratados de teologia dogmática, a análise da divindade era realizada através da *simplicitate Dei*, que conseguia, graças a sua simplicidade, separar Deus dos “comprometimentos da existência”, faziam Dele uma pura “essência”, “é um processo semelhante de absolutização e purificação ao qual é submetida a propriedade”¹⁷. De dimensão das coisas, tornou-se dimensão do sujeito.

Portanto, a meta do conceito de propriedade moderna é uma simplicidade absoluta, deve ser um corpo simples, a composição mais modesta possível:

Não nutrimos dúvidas de que simplicidade e abstração, na sua interdependência e conseqüencialidade, constituam o ‘segredo’ de uma propriedade bem inserida no ‘moderno’ e dele especular; a sua ‘modernidade’, entendendo com tal expressão a sua acentuada historicidade em um definido universo cultural e portanto o seu inconfundível caráter, está sobretudo nessas duas qualidades. (GROSSI, 2006, p. 73).¹⁸

Sempre com a parábola da *simplicitate Dei* na mente, podemos definir os dois elementos essenciais à propriedade moderna: simplicidade e abstração: simplicidade como “purificação extrema da relação” conteúdo/realidade, na há mais uma relação objetiva, mas uma subjetiva; aqui entra a abstração: só é completa a simplicidade se abstrata, impalpável, sem conteúdo e forma definíveis, que não possa ser contestada: a propriedade transforma-se em algo superior aos fatos, que a eles não pode ser rebaixada, mesmo quando disponível. Surge a idéia suprema do *dominium sine usu*, exatamente o oposto do velho domínio útil. (GROSSI, 2006, p. 71-72).

2.2.1 A Concretização Jurídica da Propriedade Moderna.

¹⁷ “A atuação legislativa e judicial do rei era legitimada, em última análise, pela analogia entre o poder do príncipe e a divindade [...]: Deus criou a ordem universal para que o equilíbrio ocorresse naturalmente, sem a sua intervenção permanente e milagrosa; igualmente, o ordenamento jurídico real evitava a intervenção direta do rei em cada caso concreto.” (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, 2004, p. 30).

¹⁸ Nesse ponto, o historiador traça um paralelo da absolutização da propriedade com a do sujeito, a figura do indivíduo abstrato, sem carne nem osso, que vem “se definindo como momento determinante da interpretação burguesa do mundo social”. (GROSSI, 2006, p.71).

Já foi dito que o processo de substituição de uma mentalidade por outra é longo. Quando, então, concretizou-se a figura jurídica da propriedade moderna? Devemos considerar que o universo jurídico é o último, ou pelo menos um dos últimos, a se consolidar dentro de uma revolução cultural. Nada mais normal, o direito apenas reflete os usos predominantes de uma sociedade, faz parte da própria cultura, porém antes deve impregnar-se dela para fundar suas bases. Assume uma dupla função: como um tecido absorvente, recebe esses espectros culturais representantes de uma mentalidade genérica e os especifica, define seus contornos, torna-os palpáveis; por outro lado, como um espelho, reflete esse matiz renovado para a própria sociedade da qual os obteve. É esse o processo que marca a superação total da mentalidade: a revolução cultural derruba a mentalidade específica antiga existente e nos traz uma nova, porém genérica; através do processo de absorção/reflexão jurídica, a nova mentalidade genérica é especificada e a superação concluída.

Para Paolo Grossi (2006, p. 75), a França é o melhor lugar para observar esse processo de transformação¹⁹: foi lá que o feudo criou suas mais fortes raízes, portanto, não é de se admirar que tenha sido o lugar onde a ruptura ocorreu de maneira mais brusca. A nova situação apresenta uma dimensão lúdica nunca antes vista, é um jogo intelectual, que pela primeira vez atribuí à ciência do direito “um *cursus* formalmente e substancialmente exegético”²⁰, diferentemente do antigo, “segundo o qual o direito é vida vivida de um povo e a ciência não é pensável senão como contribuição operativa à vida.”

Assim, a revolução de 1789 lança as bases filosóficas e políticas - também jurídicas, mas em menor intensidade – da nova propriedade, porém nos moldes já

¹⁹ “Na Alemanha e na França, a evolução [do direito oral para o escrito] atingiu os seus limites extremos. Acabou-se a legislação: em França, a última <<capitular>>, aliás pouco original, é de 884; na Alemanha, a própria fonte parece ter secado após o desmembramento do Império, depois de Luís, o duque da Baviera – aqui e além promulgaram uma ou outra medida de alcance geral. Por vezes, tem-se pretendido ver nesta carência um efeito da fraqueza em que caíra o poder monárquico. Mas a explicação *que poderíamos ser tentados a admitir, se se tratasse apenas da França* (grifos nossos), não seria válida, evidentemente, em relação aos soberanos da Alemanha, muito mais poderosos.” O que não ocorreu de maneira tão incisiva na Itália, onde “[...] <<toda a juventude >> - entenda-se a das classes dirigentes - <<era mandada para as escolas para lá trabalhar à custa do suor das fronteiras>> [...]”, nem na Inglaterra, “[...] onde a língua das leis era a de toda a gente, onde até os juizes que não sabiam ler podiam mandar ler os manuscritos e compreendê-los, os príncipes, até Knut, dedicaram-se, cada um por sua vez, a codificarem os costumes ou a completarem-nos, e até a modificá-los expressamente por meio dos seus éditos.” (BLOCH, 1987, p. 133-135).

²⁰ Aproximamo-nos da ciência do direito como um discurso descritivo/explicativo das normas jurídicas, de índole cognoscitiva, obedecendo à lógica apofântica, onde usamos os valores verdade ou falsidade; diferentemente da lógica deontica do direito positivo, que é compatível aos termos válido ou inválido.

descritos, de maneira atabalhoada e genérica. Não consegue transpor totalmente a velha e tradicional articulação do domínio. Passados 15 anos, em 1804, entra em vigência o Código Civil Napoleônico, que também não consegue eliminar de todo os antigos vestígios, o legislador napoleônico ainda freqüenta a divisa, a nova ideologia não consegue erigir um edifício jurídico puro, um modelo completo, a noção de propriedade continua composta por elementos das duas eras²¹:

Queremos somente constatar que sob o tremular das novas bandeiras a velha mentalidade jurídica encarnada em uma certa construção do sistema dos direitos reais não foi de todo apagada, e coexiste desarmonicamente com a nova ideologia oitentaenovista²² da qual claramente o Código é portador. [...] Onde finalmente a grande espera pela cunhagem de um modelo técnico coerente com aquele ideológico se aplaca é com a Pandectística alemã, [...] aqui a propriedade se torna criatura jurídica congenial ao *homo oeconomicus* de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração. [...] Essa construção jurídica sem ambigüidades, [...] é um mérito histórico da Pandectística madura; um mérito objetivo porque finalmente, com essa grande operação doutrinal, a sociedade burguesa pode conclamar que tem também no plano jurídico uma propriedade autenticamente burguesa, que guardou no sótão, após muitos séculos, o modelo técnico medieval, e o substituiu por um novinho em folha. (GROSSI, 2006, p. 80-81, 83).

²¹ Sobre o Código: “Tomemos o título de todo o livro segundo, ‘Dos bens e das diferentes modificações da propriedade’, em que estão compreendidos o tema da propriedade e do usufruto, do uso, das várias espécies de servidão predial. Emerge, ao menos em nível sistemático, uma noção de servidão como ‘modificação de propriedade’ que é retro-datada”. (GROSSI, 2006, p. 80). Jean-Philippe Lévy (1973, p. 100-101), considera o marco triunfal da propriedade moderna a edição do Código napoleônico de 1804: “A propriedade livre e unificada triunfa no Código de 1804 – onde tudo gravita em seu redor – em toda a legislação desta época. O Código, que adotava freqüentemente uma posição intermediária entre as tradições do Antigo Regime e as inovações revolucionárias, vai, contudo, no que diz respeito à propriedade, consagrar estas últimas”. Não muito além, relativiza essa afirmação, pelo menos no que diz respeito à atuação doutrinal: “Se bem que só algumas dezenas de anos mais tarde a doutrina sistematize as características da propriedade – através de três adjetivos: absoluta, exclusiva, perpétua – já em 1804, se não mesmo antes, a idéia estava lançada francamente no ar”. (LÉVY, 1973, p. 101). Como base para seu argumento, Lévy (1973, p. 101) conclama o artigo 544 do Código, que dizia: “A propriedade é o direito de governar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”. Grossi (2006, p. 48), atento à tendência dos historiadores em adotar tal norma para identificar a “nova propriedade”, alerta para o erro, chegando a qualificar o artigo 544 como “maldito”. Sua visão do código é mais ampla, para justificar a não superação do antigo regime da propriedade pela lei de 1804, convida-nos a olhar o título do livro segundo e, desta maneira, todo o sistema pelo qual o Código trata os Direitos Reais: “O nosso temor é o de que o jurista fique ofuscado por aquele maldito artigo 544, que, com o seu triunfalismo, tanto contentou a retórica burguesa do século XIX, a ponto de consentir aos futuros juristas identificar nele a face da nova propriedade jurídica. Nós gostaríamos que, pacatamente e sem nenhum pré-conceito, olhasse-se um pouco mais profundamente a sistemática do Código no que diz respeito aos direitos reais e a própria estrutura do artigo 544. O palimpsesto emergirá com suficiente nitidez”.

²² Termo cunhado pelo autor.

Elege o autor como momento da concretização jurídica da propriedade moderna o século XIX com a escola dos pandectistas alemã²³, a propriedade torna-se um poder supremo acima das forças econômicas, sua abstração e simplicidade são totais, é somente o sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo.

2.3 No Brasil, uma Contradição Aparente?

Traçadas as linhas gerais de uma propriedade moderna, façamos agora uma rápida análise das repercussões do pensamento liberal no Brasil: como o próprio Paolo Grossi salientou, nem o Código napoleônico de 1804 conseguiu traduzir fielmente as pretensões absolutas da propriedade moderna, foi preciso mais algum tempo de maturação para que a escola dos pandectistas alemã realizasse tal feito. No entanto, estavam as bases do pensamento liberal - e com ele as da propriedade moderna, mesmo que de uma maneira ainda sutil, sem o rigor científico – lançadas aos quatro ventos, e eram muito tentadoras para não serem colhidas por onde passassem e adaptadas ao contexto local.

Claro que é irreal pensar que a propriedade foi adotada pela Constituição imperial brasileira de 1824 em toda sua pureza, quando nem em França essa aspiração logrou ocorrer. O que tentaremos mostrar agora é a adaptação desses conceitos liberais à realidade brasileira, como uma doutrina liberal foi adotada em um país onde uma das pilstras fundamentais da sociedade era a escravidão. Trataremos o problema inicialmente como uma contradição fundamental, no entanto, após tal exposição, apontaremos as razões políticas da elite brasileira²⁴ para

²³ Surgiu na Alemanha no século XIX, era formada por juristas que se dedicavam ao estudo das Pandectas (o Digesto de Justiano), visavam a elaboração de normas jurídicas, conceitos e doutrinas que influenciaram muito principalmente o direito civil. Tinham um alto poder de abstração e, entre outras noções, são de sua criação as de negócio jurídico e direito subjetivo. “Em sua função elaborativa, os pandectistas cultivaram a organização do sistema jurídico alemão, contribuindo como seu esforço para a unidade do Direito, do ensino jurídico e, ainda, da política nacional.” (NADER, 1994, p. 180). O código civil alemão, que foi sancionado em 1896 mas só entrou em vigor em 1900, é o maior fruto da escola dos pandectistas, caracterizou-se pela perfeição técnica e pelo alto grau de abstração.

²⁴ Essa elite era a elite senhorial, a elite dos grandes proprietários de escravos, não que não houvesse no Brasil uma camada intermediária, existia, mas “em um momento onde as relações de produção estavam definidas pela escravidão, existia pouco espaço a ser ocupado pelos homens livres que não fossem grandes senhores de escravos. Isto implicava que a eles estaria reservado um papel secundário, intermediado pelos grandes proprietários de terras e escravos.” (PRADO, 2001, p. 174-175). Aquele que chamamos hoje “profissional liberal”, o advogado, o doutor, etc., tinha como principais alvos para o casamento as filhas desses grandes senhores, não era nada mau adicionar ao cartão de visitas a palavra “proprietário”. Florestan Fernandes (1976, p. 43), diz que expressões como “povo, nação, opinião pública, o povo exige, o povo aguarda, interesses da nação, o futuro da nação,

tornarem-se “liberais de carteirinha”, mostrando que essa contradição de *fundamental* transforma-se em *aparente* num piscar de olhos.

2.3.1 O Direito à Liberdade.

Maria Emília Prado (2001, p. 163), considera uma “contradição fundamental” aquela em que se “defrontava o império brasileiro: a aspiração de integração à civilização, convivendo cotidianamente com a presença da escravidão.” Afinal, o Brasil da independência, realizada sob o patrocínio dos ideais libertários, que àquela época pairavam predominantemente sobre todo o ocidente, nem sequer cogitou a possibilidade de alteração do pedestal em que se situava a escravidão. Para a autora, essa vicissitude do Estado brasileiro dificultava a real implementação de uma ordem que seguisse por completo os preceitos liberais. A estrutura baseada no binômio senhor/escravo esterilizava o terreno do qual desabrocharia um dos principais pressupostos básicos do mundo liberal, “a possibilidade da ação individual”.

A liberdade assumia uma posição particularmente importante no cenário liberal, foram os princípios liberais – formulando a idéia do direito natural – que no decorrer do século XVIII, elevando a liberdade à condição de direito intrínseco ao homem, retira a discussão sobre a escravidão do âmbito religioso, situando-a em espaço laico, para ser discutida como atentado ao direito à liberdade.

Não bastando a contradição já existente em condições que se poderiam chamar normais, a historiadora detecta um aspecto mercadológico agravante da incoerência, que refletia bem a economia quase que totalmente voltada para a exportação em que o Brasil estava inserido:

A questão [escravidão *versus* liberalismo] se apresenta, não obstante, por demais complexa e delicada, pois além dessa sociedade ter sido construída a partir de relações de trabalho escravistas, o momento de ruptura dos laços coloniais ocorreu simultaneamente à demanda pelo café nos mercados consumidores. Considerando-se o esgotamento da economia mineradora e a queda da demanda do açúcar produzido no Nordeste, a perspectiva aberta à produção cafeeira levou à revitalização do caráter mercantil da economia e o revigoramento da escravidão. (PRADO, 2001, p. 165).

segurança da nação, etc., indicavam pura e simplesmente que os diversos estratos das camadas senhoriais deviam ser levados em conta nos processos políticos, desta ou daquela maneira.”

Esse agravante apresentava-se considerável, a principal atividade econômica brasileira era o fornecimento de produtos agrícolas (café e cana principalmente, este último em decadência) para o mercado externo, estava inserido em uma economia eminentemente capitalista e não tinha forças no cenário mundial para impor suas condições – nem era essa uma aspiração dos senhores que, agora fora do domínio português, ficariam cada vez mais ricos seguindo as regras do capital. Portanto, por esse ponto de vista, o Brasil estava realmente enterrado até o pescoço em uma situação que não se apresentava fácil de ser contornada:

A escravidão era o traço mais marcante da sociedade imperial, primeiro contraponto num processo de diferenciação relativo aos outros países integrantes do “mundo civilizado”. De toda maneira, o Estado emergente do movimento de independência assentava-se sobre os pressupostos do liberalismo e [...] é preciso considerar portanto que, após a proclamação da independência, a problemática da escravidão no Brasil assumia uma dimensão maior. Afinal, o império nascente precisava conviver com a ambigüidade proveniente de ter sido seu estabelecimento efetuado com base nos pressupostos liberais e não terem sido essas idéias utilizadas para romper a ordem escravista, além do que a vigência da escravidão inviabilizava que este Estado se constituísse por meio de um pacto liberal e/ou democrático. (PRADO, 2001, p. 168, 187).

Para piorar, um dos pressupostos liberais era o constitucionalismo, no nosso país não foi diferente, logo após a independência, em 1822, tivemos a promulgação de uma constituição em 1824 que, apesar de outorgada, tinha uma tendência liberal; não poderia ser diferente, pois a própria independência foi fundamentada em princípios libertários. Temos aqui mais um episódio controverso, o Brasil, por ser herdeiro da tradição ibérica, que tendia em resistir à modernidade, encontrava dificuldades em compreender o pacto liberal, que considerava “inadmissível a escravidão” e “contestava todo o antigo regime.” Mesmo assim, sua Constituição, para preservar certas raízes liberais, não tratava da escravidão, apenas estipulando, em seu artigo 6º, que os libertos eram considerados cidadãos brasileiros. (PRADO, 2001, p.167, 170-171).²⁵ Assim apresentava-se a contradição fundamental.

2.3.2 Um Movimento da Elite.

²⁵ Para uma relativização dessa afirmação neste mesmo trabalho ver p. 43, nota 64.

Podemos considerar a difícil penetração do ideário liberal numa sociedade brasileira profundamente hierarquizada, como acabamos de explicar, uma contradição profunda; por outro lado, também é lícito pensar que os dogmas liberais foram usados por uma elite que se emancipava da colônia na medida em que interessavam para ela, e rejeitados quando não cumpriam a função desejada por essa elite que estava tomando o poder.

Para entender melhor essa colocação, retornemos ao tempo de 1822: a independência marcou o fim da era colonial e o início de uma época de genuíno caráter nacional, interno. Para Florestan Fernandes (1976, p. 31), o movimento emancipacionista “constituiu a primeira grande revolução social que se operou no Brasil.” Diz o estudioso, que uma boa parte daqueles que se debruçam sobre esse momento histórico de nosso país consideram a independência uma transição política pacífica, culpa da incapacidade das “tensões que minavam a sociedade colonial” de afetar “a ordem social interna de modo bastante profundo para colorir esse processo de modo mais dramático”, quando, na verdade, “a simples extinção do estatuto colonial já tivera um significado socialmente revolucionário.”²⁶

É o nascimento de uma sociedade nacional, pela primeira vez a elite brasileira tem o gosto de sentir o poder nas mãos, a marca revolucionária do rompimento pode ser sentida exatamente nesse aspecto, “o poder deixará de se manifestar como *imposição de fora para dentro, para organizar-se a partir de dentro* (grifos no original)”. (FERNANDES, 1976, p.31-32). A organização colonial, com antes existia, eliminava a capacidade de dominação da elite nativamente brasileira:

[...] a natureza e o alcance revolucionários da Independência não se objetivaram (nem poderiam se objetivar!) através de manifestações de grandes massas humanas, do uso organizado da violência e de anseios coletivos irreduzíveis de transformação da estrutura social. Eles se objetivaram na obstinação e na eficácia com que aquelas elites se empenharam na consecução de dois fins políticos interdependentes: a internalização definitiva dos centros de poder e a nativização dos círculos

²⁶ Caio Prado Jr. (1988, p. 45-50) também é dessa opinião, intitula o seu capítulo terceiro, que trata da independência brasileira, “A Revolução”. Diz o autor que as classes superiores da colônia esperavam consolidar “com a revolução o estabelecimento de um regime constitucional, as vantagens, liberdades e autonomia adquiridas pelo Brasil nos anteriores anos de governo [de D. João VI] [...] que tanto os favorecera. [...] No desenvolvimento da revolução constitucional no Brasil [...] é o ‘partido brasileiro’ como já então era chamado e que representava as classes superiores da colônia, grandes proprietários rurais e seus aliados, que ganhará a supremacia. [...] Permanecerá mais ou menos intacta a organização social vigente. É simplesmente no sentido da independência que evoluirá a revolução constitucional. E caberá a direção deste processo ao ‘partido brasileiro’, naturalmente indicado para isto, pois seus interesses e objetivos se confundiam no momento com a marcha dos acontecimentos.”

sociais que podiam controlar esses centros de poder. Assim, sem negar a ordem social imperante na sociedade colonial e reforçando-a, ao contrário, as referidas elites atuaram revolucionariamente ao nível das estruturas de poder político, que foram consciente e deliberadamente adaptadas às condições internas de integração e de funcionamento daquela ordem. (FERNANDES, 1976, p. 32).

Podemos observar no movimento de independência duas tendências antagônicas: um elemento libertador, revolucionário, que dissolvia os pontos de união entre a ordem social da colônia e da metrópole – notadamente aqueles caracteres externos dos quais estava dotada – para que obtivesse uma maleabilidade característica, e necessária, para o surgimento de uma sociedade genuinamente nacional; e um conservador, mantendo as relações de poder internas como estavam: cada qual em seu lugar, as elites continuariam elites e o resto ainda seria o resto, procuraram fortalecer essa ordem social que ainda não possuía faculdades suficientes para construir uma nação. Assim, ocorreu um rompimento com o estatuto colonial apenas no plano político-jurídico, que foi mantido nas suas manifestações materiais, sociais e morais, para servir de base à construção de uma nova nação.

Foi nesse turbilhão de acontecimentos, sob esse contexto, que o liberalismo foi absorvido pelas elites brasileiras²⁷: elas, na ordem colonial, encontravam-se em um patamar inferior daquelas da metrópole, nesse sentido, consideravam-se tanto social, como econômica e politicamente espoliadas. No Brasil, diz Fernandes (1976, p. 34-35), o liberalismo manifesta-se sob a forma da equidade, mas de uma equidade extremamente egoísta²⁸, pois era a maneira como as elites a sentiam, era o anseio de uma classe privilegiada internamente, porém dependente externamente, de assumir o poder sem os empecilhos a que estavam sujeitos dentro do sistema

²⁷ A elite senhorial autóctone posicionou-se majoritariamente em favor da revolução, a divergência principal era acerca da forma como seria concebida a soberania: tal discussão dava-se sob o pano da maçonaria e de certas sociedades secretas, como a célebre Ordem dos Cavaleiros de Santa Cruz, criada por José Bonifácio em junho de 1822, para tentar impedir a aproximação cada vez maior entre o chamado “grupo do Ledo” (Joaquim Gonçalves Ledo, grão-mestre maçom) e o então príncipe regente D. Pedro; “enquanto o ‘grupo do Ledo’ defendia um governo baseado na soberania popular, tendo D. Pedro como chefe escolhido pelo povo e subordinado aos seus representantes, o ‘grupo do Bonifácio’ defendia uma constituição que limitasse os poderes da Assembléia Legislativa, aceitando a autoridade do soberano como um direito legalmente herdado através da dinastia.” A refrega foi tão grande que, quando pôde, vendo Ledo enfraquecido politicamente, José Bonifácio ordenou uma devassa contra os membros do grupo. (BARATA, 2007, p. 356, 362).

²⁸ Equidade no entendimento liberal, como a igualdade de todos perante a lei. Equidade egoísta porque atingia a uma só classe, a elite senhorial: “[...] o liberalismo (motor e alvo daquelas garantias sociais) também se convertia em privilégio social. Ele fazia parte de concepções e ideais que se aplicavam a ‘relações entre iguais’ e, por isso, ficava confinado à convivência e ao destino dos membros dos estamentos dominantes.” (FERNANDES, 1976, p. 42).

colonial. Outra de suas manifestações foi sua associação direta com a construção do Estado Nacional, as elites precisavam internalizar os centros de decisão e, a partir dessa internalização, definir os objetivos do Estado conforme seus interesses, o Estado e a sociedade nacional eram objetivos a serem conquistados no futuro²⁹:

Portanto, sem perder-se de vista as limitações e deformações que sofre numa sociedade e numa cultura tão avessas às suas implicações sócio-econômicas, políticas, intelectuais e humanitárias, e aceitando-se que, ainda assim, ele só se constituiu em realidade histórica para as minorias atuantes dos estamentos senhoriais, o liberalismo foi a força cultural viva da revolução nacional brasileira. (FERNANDES, 1976, p. 38).

Fica claro porque chamamos a contradição de “aparente”, diferentemente do que coloca Maria Emília Prado, a tentativa de adoção de um Estado liberal não foi um movimento puro, com a intenção de adotar o liberalismo em suas manifestações mais genuínas, foi uma manobra muito bem planejada e executada pela elite colonial no Brasil, adaptando os preceitos liberais ao seu próprio gosto e necessidade, o direito à liberdade, por exemplo, foi respeitado sim, mas apenas para aqueles que tinham a sua mão na alavanca de condução dos acontecimentos desse país recém independente. Apesar de pintar uma fachada liberal, em suas entranhas a sociedade brasileira continuava a depender da escravidão e era regida pelas tradicionais formas de dominação patrimonialista.

2.3.3 Na Constituição, os Reflexos de uma Contradição.

²⁹ Florestan Fernandes (1976, p. 42), afirma que os aspectos pelos quais se deu a revolução social da independência no Brasil praticamente impuseram a afirmação da dominação senhorial. Assim, como eram os senhores a elite, e a elite usava dos preceitos liberais para confirmar essa dominação, emprega o termo “senhor-cidadão”. O que nos faz remontar a um artigo de Alexandre Mansur Barata (2007, p. 354), onde o autor afirma – apoiado em François-Xavier Guerra - que “o processo de construção da nação pressupõe uma nova ‘maneira de existir’, um projeto de futuro que é ‘conseqüência de um vínculo social inédito entre os indivíduos-cidadãos”. Barata está falando exatamente do processo de criação de uma nação brasileira, podemos dizer que realmente existiu esse vínculo inédito entre os brasileiros, no entanto, apenas pôde ser sentido entre os membros das elites, e o termo “indivíduos”, da expressão “indivíduos-cidadãos”, poderia facilmente ser substituído por “senhores”. Para François-Xavier Guerra ver: GUERRA, François-Xavier. Introducción. In ANNINO, Antonio; GUERRA, François-Xavier. **Inventando La Nación**: Iberoamérica, siglo XIX. México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 8, 11.

Vimos que o liberalismo foi adotado pela elite brasileira como base de sua revolução para desprender-se das garras portuguesas, foi um movimento “mais de uma classe do que de uma nação tomada em conjunto.” (PRADO JR, 1988, p. 52-53) Ora, se liberal a revolução, nada mais normal de que tenha existido um impulso constitucional, que reflete os meios mais tradicionais de se solidificar os valores liberais e “concretizar de forma pragmática os novos interesses”: a constituição, representando a ata do pacto social, e a lei, a expressão da vontade geral. (BONAVIDES; ANDRADE, 1990, p. 102).

Se o movimento de independência foi marcado por uma contradição entre os valores liberais e a manutenção das formas de dominação, é normal que os reflexos dessa incoerência atingissem seu principal documento: a Constituição Imperial Brasileira, outorgada em 25 de março de 1824.

É célebre o episódio da dissolução da constituinte por D. Pedro I, o ato foi uma resposta do soberano para a incapacidade da constituinte em harmonizar a figura do imperador ao país.³⁰ Sua próxima atitude foi promulgar a Constituição imperial sem a qual não poderia sobreviver o espírito da revolução.

Teve o documento de absorver a contradição da independência, dessa maneira, conciliou o liberalismo com o absolutismo representado pelo monarca³¹: o Poder Moderador foi o símbolo do absolutismo na carta magna imperial, seu titular –

³⁰ A Assembléia Constituinte foi aberta em 03 de maio de 1823. Durante seus trabalhos houve discussão sobre temas prosaicos como se o Imperador deveria apresentar-se coberto ou não, se sentaria ao mesmo nível ou mais alto que o presidente da Assembléia (BARATA, 2007, p. 369). É um indicativo de que importava saber se a soberania estava com a Assembléia ou o Imperador. A própria Assembléia nascera por um ato de vontade do Príncipe Regente, antes mesmo da proclamação da independência. Antes de ser instalada, no ato de coroação em 1º de dezembro de 1822, o Imperador dirigiu-se a ela com uma ressalva ameaçadora: “Juro defender a Constituição que está para ser feita, se for digna do Brasil e de Mim.” Já abordamos aqui a posição dos Andradas (José Bonifácio de Andrada e Silva e seus irmãos Martim Francisco Ribeiro de Andrada e Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva) de que a soberania exalaria da figura do Imperador. Em 17 de julho, o ministério dos Andradas se demitiu, sendo decepado o “braço mais prestigioso de sustentação do clima de harmonia entre a Constituinte e o Imperador”. A partir daí, as diferenças entre a tendência liberal da Assembléia e a absolutista do Monarca só fizeram aumentar, até que, em 12 de novembro de 1823, o Imperador e sua guarda pessoal cercam o edifício onde eram realizados os trabalhos constituintes, colocando um fim em suas atividades. (BONAVIDES; ANDRADE, 1990, p. 54-59). “Foi esse o espírito que ditou a dissolução da Assembléia, acusada por Dom Pedro de ter ‘perjurado ao tão solene juramento que prestou à Nação de defender a integridade do Império, sua independência e minha dinastia’. [...] o recém-criado Conselho de Estado incumbido de elaborar um projeto de Constituição. [...] O resultado disso veio a ser a Constituição de 1824, a outorgada, em que o Imperador decidiu, à sua maneira e a seu favor, o impasse.” (BOAVIDES; ANDRADE, 1990, p. 100).

³¹ “De Sangue, tradição e ânimo, D. Pedro I, um temperamental, evocava, enquanto símbolo de realeza, todo o passado absolutista dos Braganças, ou seja, muitos séculos de arbítrio e colonialismo férreo que manchavam desde as conquistas do Oriente e do Ocidente o nome português, visto à luz da crítica deste século, ou seja, do lado das vítimas.” (BONAVIDES; ANDRADE, 1990, pág. 55).

o Imperador – acumulava suas funções com a do Poder Executivo, tolhendo um dos alicerces da teoria liberal: a divisão dos poderes³²:

O liberalismo no novo Império brasileiro, portanto, padecia de limites mais profundos, estabelecidos pelas dimensões restritas da esfera propriamente pública. O Império do Brasil nasceu sob o signo de um Estado cujos traços pareciam atribuir, na realidade, ao absolutismo ilustrado a paternidade. (NEVES, 2001, p. 101).³³

No entanto, uma análise de Florestan Fernandes (1976, p. 36-37) – que não podemos deixar passar de chofre – elucidará as coisas: como já falamos, o modelo patrimonialista continuou vivo, os senhores continuaram com o prestígio inabalado no domínio das relações regionais e locais, ou seja, a organização da economia escravista e das estruturas sociais ainda estava em mãos dos “coronéis”. O elemento original no jogo político da nova nação era o poder central, elevado a um plano superior e independente, onde esses modelos locais de dominação eram sentidos de maneira suave e indireta. Sob essa dúplice emanção do poder ocorria um ajuste de não intervenção, portanto, estavam garantidos todas as antigas prerrogativas senhoriais, de dispor e abusar de sua propriedade, notadamente os escravos, da maneira que bem entendessem, sem a intervenção das autoridades ligadas ao governo: no final das contas não interessava se o artigo 179, XXII da Constituição Imperial garantia aos senhores o pleno direito de propriedade, eles estavam assegurados por um pacto muito mais arraigado com a realidade do que o referido dispositivo legal. Por outro lado, os juristas examinados no próximo capítulo são, antes de mais nada, advogados; seu principal instrumento de trabalho é a lei e em uma época permeada por princípios liberais, a Constituição, como lei máxima, assume um relevo nunca visto antes. Não é de se admirar a insistência

³² Segundo Bonavides e Andrade (1990, p. 101), o pai do poder moderador, Benjamin Constant, comparava-o com uma chave de cúpula de toda organização política. A chave de cúpula é a pedra de ápice de uma abóboda, aquela que faz as resultantes somarem zero, que equilibra todas as forças das outras pedras. O poder moderador do Conselho de Estado de D. Pedro não foi concebido assim, era descrito como “a chave de toda organização política”, diferença substancial pois, por essas palavras, poderíamos concluir que “o poder moderador não era o ponto de equilíbrio entre todas as forças que se encontravam naquele nível, mas uma que abria qualquer porta. “Teve a Constituição, contudo, um alcance incomparável, pela força de equilíbrio e compromisso que significou entre o elemento liberal, disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o *status quo*, [...] o primeiro era descendente da Revolução Francesa, o segundo, da Santa Aliança e do absolutismo.” Apresentava nitidamente duas “faces incontrastáveis”: a do liberalismo, com a declaração de direitos e as funções atribuídas ao legislativo; e a do absolutismo, estampada na competência deferida ao Imperador. (BONAVIDES; ANDRADE, 1990, p. 104-105).

³³ Para Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1990, p.106): “O Poder Moderador da Carta [constitucional] do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível.”

com que convocaram o dito artigo para legitimar o direito absoluto de propriedade dos senhores sobre seus escravos. Porém, talvez o que mais tenha pesado para as atitudes que os veremos assumir seja o embaraço causado por essa situação de berlinda que ocupavam no arranjo político imperial: faziam parte da instituição (IAB) criada e escolhida pelo governo para carregar, transmitir e defender os interesses jurídicos – e político/sociais que deles pudessem advir – eleitos pela administração imperial como os ideais para a nação; Berlinda porque se situavam no limiar desse pacto político senhor/poder central, uma espécie de materialização desse acerto, onde não só as duas partes envolvidas poderiam enxergar, mas todo o país; não estavam diretamente ligados à causa escravista, ou anti-escravista (não eram nem escravos, nem grandes possuidores de escravos), mas compreendiam o posicionamento do governo, dos senhores e dos cativos (principalmente por tratarem das questões técnico-jurídicas), e mais, sua função era a de conectar, ou pelo menos não deixar divergir por completo, os interesses dessas duas fontes de poder (senhores e administração central) de alguma maneira: um caminho repleto de pedras pontiagudas por onde apenas é possível caminhar descalço: as contradições tinham de aflorar, e afloraram. É o que veremos daqui em diante.

3 A “Razão de Estado”.

3.1 O Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).³⁴

Sua fundação em sete de setembro de 1843, 21 anos após a independência, em reunião solene no salão de honra do Colégio Pedro II, concretizou um projeto de anos liderado pelo então membro do Superior Tribunal de Justiça³⁵, Francisco Alberto Teixeira de Aragão³⁶, de formar uma associação de advogados.

Meses antes, na residência do Conselheiro Aragão, como futuramente o chamariam seus colegas de Instituto, alguns advogados reuniram-se para discutir e organizar os estatutos da instituição. A mesma reunião designou uma comissão para preparar os estatutos e apresentá-los para a aprovação do governo imperial, o que foi feito em sete de agosto de 1843.³⁷

A principal finalidade do IAB, expressa pelos seus estatutos no artigo 2º, era a criação da Ordem dos Advogados Brasileiros: “O fim do Instituto é organizar a Ordem dos Advogados, em proveito geral da ciência e da jurisprudência” (FAGUNDES, 1995, p. 16), objetivo alcançado apenas 87 anos depois, em 1930.

Após duas semanas, dia 21 de agosto de 1843, os 26 membros iniciais do IAB elegeram seu primeiro presidente Francisco Gê Acaiaba de Montezuma³⁸ e, por unanimidade, Francisco Alberto Teixeira de Aragão foi aclamado Presidente Honorário.

Devemos observar que em 1843 o Brasil há pouco tempo saíra de um longo regime colonial, havia apenas três anos da coroação de D. Pedro II, após nove anos de um conturbado período regencial a elite ainda adaptava-se à nova situação e planejava suas instituições; somando a isso a criação das faculdades de direito de

³⁴ Antes “Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros”, passou a ser chamado apenas por “Instituto dos Advogados Brasileiros” com a fundação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1930 por Getúlio Vargas. (BONELLI, 1998, p. 7).

³⁵ Instância máxima da justiça imperial.

³⁶ Português, nascido em 1790, bacharelou-se em Leis por Coimbra; ocupou os cargos de Intendente de Polícia, Desembargador do Paço, Deputado da Mesa de Consciência e Ordem e foi Ministro do Supremo Tribunal de Justiça. (FAGUNDES, 1995, p. 25).

³⁷ Participaram da referida comissão os advogados e futuros membros Augusto Teixeira de Freitas, Luiz Fortunato de Brito Abreu e Souza Menezes e Caetano Alberto Soares. (FAGUNDES, 1995, p. 13).

³⁸ Nasceu na Bahia em 1794, formou-se cirurgião pela Escola da Bahia e em Leis por Coimbra em 1821 (FAGUNDES, 1995, p. 25). Por esse motivo, o IAB ficou conhecido como a “Casa de Montezuma.”

Olinda e São Paulo pela lei de 11 de agosto de 1827, o que garantiu um relativo avanço na independência cultural do país, não é surpresa que tenha se consolidado por essa época a proposta de criação do IAB.

3.1.1 As Relações entre o IAB e o Governo Imperial.

Em estudo realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de São Carlos, Maria da Glória Bonelli (1998, p. 6) afirma que a profissionalização dos bacharéis no Brasil foi iniciada por segmentos sociais de elite, a proposta era a de “influenciar o Estado através de seu conhecimento sobre jurisprudência”; a fundação do IAB, para a pesquisadora, centrava-se “no ideal do serviço e na proposta de auxiliar o Estado nas questões técnico-jurídicas.”³⁹

Afirma ainda que as estratégias adotadas a partir da criação do Instituto indicavam que a meta era “estreitar os laços e a influência da associação junto ao poder”, a solução adotada para tanto foi o fornecimento de quadros para cargos importantes na gestão estatal, ou a eleição para a presidência de membros já influentes ou encarregados de ministérios. (BONELLI, 1998, p. 8).⁴⁰

O próprio Montezuma encorpa essa versão quando afirma que

[...] entre os Romanos e Gregos, os Advogados foram sempre chamados aos empregos mais eminentes, na França, ou antiga, ou moderna, pode-se dizer, que deles, e somente deles talvez, tiram o Governo e o Povo, os primeiros funcionários públicos. (PENA, 2005, p. 42).

³⁹ Completa, dizendo que nas relações entre os advogados e o Estado, é difícil “a comparação de experiências semelhantes à dos bacharéis no Brasil com aquelas de origem anglo-saxã a partir de um diagnóstico equivocado sobre o papel do Estado na organização da profissão. Muitos dos estudos que focalizaram o tema tomando o modelo analítico como um ideal, adotaram como pressuposto que só seria considerado profissão aquelas ocupações que construíram sua força autonomamente, atribuindo um papel decisivo à associação profissional e à auto-organização do grupo (Siegrist, 1986). Países como o Brasil, onde o Estado era visto como o instigador deste processo, não se encaixavam no modelo, tendo como consequência o diagnóstico de que não haviam concluído o projeto profissional”. (BONELLI, 1998, p. 5).

⁴⁰ Para reforçar o argumento podemos nomear as autoridades presentes no Colégio Pedro II em sete de setembro de 1843, dia da fundação do IAB: Honório Hermeto Carneiro Leão (Ministro da Justiça), Paulino José Soares de Souza (Ministro dos Negócios Estrangeiros), Joaquim José Rodrigues Chaves (Ministro da Marinha), além de representantes do corpo diplomático e da judicatura, do poder legislativo e da imprensa (SILVEIRA, 1944, p. 38); ou apenas discriminar os cargos ocupados pelo primeiro presidente do Instituto, Conselheiro Montezuma: Vereador (Salvador), Deputado - 1822 (Bahia), Constituinte - 1823, Deputado - 1831/1838-41, Ministro da Justiça - 1837, Ministro dos Negócios Estrangeiros - 1837, Ministro Plenipotenciário - 1840, Presidente do Banco do Brasil - 1866, Senador - 1851, Conselheiro do Estado - 1857, além de ocupar a presidência do IAB de 1843 a 1851. (FAGUNDES, 1995, p. 25).

Realmente o pensamento jurídico oficial foi largamente influenciado pelo IAB, a ligação de seus membros com o alto escalão governamental era muito forte: entre 1843 e 1889 um terço dos advogados do Instituto participou de alguma maneira das diretrizes do governo imperial; foram 126 deputados, 31 senadores, 28 conselheiros de estado, 46 ministros e 77 presidentes de província. Sérgio Adorno (1988, p. 63), afirma que as faculdades de direito da época possuíam uma estrutura curricular insuficiente, os alunos tinham maior interesse nas áreas política e jornalística e não conseguiam formar juristas que efetivamente influenciassem e produzissem “a ideologia jurídico política do Estado Nacional”. Tarefa que foi cumprida pelos juristas do Instituto.⁴¹

Assumiram um papel essencial nesse exercício de produção ideológica, ajudados por uma legislação esparsa e não codificada, que os deixou completamente livres no papel de exegetas; as codificações romanas e ordenações portuguesas, ainda vigentes à época, foram base tanto para interpretações pró quanto contra a escravidão, tudo em nome da “Razão de Estado”, ou seja, segurança e ordem pública.

No que diz respeito a este trabalho, foi a primeira instituição reconhecida oficialmente pelo governo, composta de jurisconsultos e advogados, que posicionou-se em relação à escravidão. Fez não por outra coisa a não ser pela atuação recorrente dos escravos e libertos em busca da liberdade nos tribunais, ou seja, cumprindo sua função de influenciar o Estado através de seu conhecimento jurisprudencial.⁴²

Houve um espaço de autonomia e ação por parte dos escravos e libertos na defesa de seus direitos já existentes, frente uma intransigente insistência dos proprietários em defender o seu direito de propriedade. Os jurisconsultos do Instituto procuraram impedir interpretações que ferissem o direito de propriedade, atitude conservadora que pode ser entendida pela estreita ligação de seus membros com o poder público e, conseqüentemente, o princípio norteador de seus raciocínios: a conservação da segurança e da ordem do Estado imperial. Em caso de abolição,

⁴¹ Para os números ver Pena (2005, p. 32-42).

⁴² “A produção jurídica do IAB e as metas políticas do Estado Imperial tiveram ampla correspondência em relação ao encaminhamento e solução do “problema” (jurídico e político) da escravidão. Tanta identidade explica-se pelas [...] ligações orgânicas dos sócios do Instituto, desde sua fundação, com os quadros do governo [...]”. (PENA, 2005, p. 36-37).

defendiam a indenização dos senhores justamente pela obediência ao direito de propriedade.

Em livro oficial do IAB, comemorando o seu sesquicentenário, a autora Laura Fagundes também detecta a influência existente entre a instituição e o governo:

[...] os membros do Instituto dos Advogados Brasileiros identificavam-se com a elite política, que assumiu o comando da nação, através da formação intelectual e dos projetos nacionais. Assim, dentro daquele cenário em que se buscava condições próprias para prosseguir na tarefa de consolidar a civilização européia no jovem país, o IAB incumbiu-se da missão específica de auxiliar o governo na organização legislativa e judiciária do país, colocando-se como órgão de estudos e debates da jurisprudência. (FAGUNDES, 1995, p. 19).

Passamos agora para a análise das atitudes dos principais juristas do Instituto dos Advogados Brasileiros, notadamente três dos quais assumiram em algum momento a sua presidência, quando confrontados com o terrível tema da escravidão.

3.2 Augusto Teixeira de Freitas.⁴³

3.2.1 As Notas de Rodapé.

Teixeira de Freitas foi contratado em 1855 pelo governo imperial para elaborar o projeto preliminar de um futuro código civil.⁴⁴ Curiosa, mas não original, foi a sua atitude de não mencionar no texto principal do projeto a escravidão, uma conduta adotada por alguns juristas e políticos da época para “esconder” do resto do mundo a face vergonhosa de um país escravocrata. Normatizar a escravidão seria reconhecer o país como escravista. Mesmo em um ambiente de positivismo jurídico, a consciência – ou melhor dizendo, a vergonha – pesava mais, ao ponto de “o maior

⁴³ Baiano, nascido em 1816, filho do Barão de Itaparica, formou-se pela faculdade de direito de Olinda em 1837, ocupou a presidência do IAB de agosto a outubro de 1857. (FAGUNDES, 1995, p. 25) e (BONELLI, 1998, p. 10).

⁴⁴ As Codificações Romanas e Ordenações Portuguesas dominavam o cenário jurídico brasileiro, sentiu-se a necessidade de unificar a lei em um código que regulasse os atos da vida civil, para elaborar o projeto que nunca foi aprovado Teixeira de Freitas foi contratado; apesar de não aproveitada em terras nacionais, a chamada *Consolidação das Leis Civis* do jurista baiano foi a base do código civil argentino, elaborado durante o governo Mitre por Vélez Sarsfield. Fato reconhecido pelo próprio Sarsfield e corroborado pelo diplomata brasileiro em missão ao Rio da Prata, Francisco Otaviano, em carta a Nabuco de Araújo: “O Teixeira de Freitas deve ficar muito satisfeito porque serviu de modelo [para o código argentino]”. (SILVEIRA, 1944, p. 27).

dos juristas brasileiros”⁴⁵, defensor ferrenho da letra da lei⁴⁶, não mencionar nada sobre a escravidão no projeto de um código que iria reger toda a vida civil brasileira⁴⁷.

A Constituição de 1824 também não fazia referência alguma à escravidão. No entanto, isso não ocorria com outros dispositivos legais do Império, principalmente os que versavam sobre matéria criminal.⁴⁸ O Império foi, de certa maneira, forçado a regular alguns costumes e comportamentos dos escravos. Era certo que não poderiam ignorar de todo uma realidade tão latente. A declaração de independência Norte Americana (escrita por um proprietário de escravos), também omitiu o assunto, e apesar de garantir o direito de todos os homens à liberdade e igualdade, não impediu que muitos de seus estados federados emitissem dispositivos legais escravistas.

Mais tarde, ainda durante a elaboração do projeto, Teixeira de Freitas teve de enfrentar o problema e optou por uma solução ao mínimo curiosa: em 1858, uma comissão do Ministério da Justiça encarregada de analisar o projeto apontou a lacuna deixada pela lei em relação à escravidão, o jurisconsulto reconheceu a falha, mas manteve sua posição de não incluir nada que pudesse macular o texto principal, abordou o assunto então por meio de “notas explicativas”. O estado de liberdade do sistema jurídico civil estaria garantido na medida em que o “código negro” não passava de notas de rodapé. (PENA, 2005, p. 74-75).

3.2.2 A *Statu Liber*.

⁴⁵ Ou o maior dos juristas do Império.

⁴⁶ Teixeira formou-se pela Faculdade de Direito de Olinda, em 1837, dez anos após sua fundação; época marcada por uma crise de professores na instituição, “havia apenas dez lentes em exercício, quando eram necessários quatorze.” O ensino era eminentemente prático: interpretava-se a Constituição imperial, aprendiam-se as Ordenações, regras e definições de direito romano, o código de Napoleão, etc. “Teixeira de Freitas [...] na sua suave Olinda recebeu uma formação austera, prática, voltada para o estudo dos textos, e é bem possível que isso haja concorrido para fazer de Freitas um advogado e jurisconsulto, apenas isso, completamente afastado de outras cogitações [...]”. (MEIRA, 1979, p. 39, 44-46).

⁴⁷ O próprio Visconde do Rio Branco, em 1857, carregando o título de Ministro dos Negócios Estrangeiros, ao negociar um tratado de extradição com a França, disse: “Não fiz menção no projeto dos casos relativos a escravos, porque não havia necessidade, uma vez que entram na regra geral. Demais tenho grande repugnância em escrever essa palavra em documento internacional”. (PENA, 2005, p. 72).

⁴⁸ Décio Saes (1985, p. 107-113), afirma que era possível vislumbrar o caráter escravista da Constituição de 1824 através da leitura de suas normas junto aos dispositivos da legislação criminal e às notas de rodapé da *Consolidação* de Teixeira de Freitas.

Em 1857, os membros do Instituto dos Advogados Brasileiros deram início a uma conferência⁴⁹ que suscitaria muitas controvérsias. Caetano Soares sugeriu a seguinte questão:

Sendo muito usual entre nós deixar qualquer em seu solene testamento escravos forros com obrigação de servirem a alguma pessoa, enquanto esta for viva, ou por certo prazo de tempo, e não menos frequentemente deixar os escravos para servirem temporariamente a alguém, e se lhes der a carta de liberdade, findo o prazo, pergunta-se: 1. Na 1ª hipótese, se for escrava, e tiver filhos durante o tempo em que era obrigada a prestar serviços, os filhos serão livres, ou escravos? Se livres, serão também obrigados a prestar serviços? Se escravos, a quem pertencerão? 2. Na 2ª hipótese e verificadas as mesmas circunstâncias, terá lugar a mesma decisão ou diversa? (PENA, 2005, p. 80).

O IAB mantinha uma comissão de jurisprudência que acompanhava sempre de perto o que acontecia nos tribunais e retirava deles a matéria para discussão. Nada mais natural que a questão fosse abordada, pois na época havia uma enxurrada de demandas levantadas por escravos ante seus senhores nos tribunais imperiais, buscando ou defendendo a sua liberdade. Além disso, Caetano Soares tinha um fraco pelo assunto: fundou, em 1850, a “Sociedade contra o Tráfico de Africanos e Promotora da Colonização e Civilização dos Indígenas”, instituição que, em 1852, elaborou um projeto denominado “Extinção Progressiva da Escravidão no Brasil”. O antiescravismo de Caetano Soares sempre foi contrário à emancipação imediata e primava pela manutenção do controle social dos libertos. (PENA, 2005, p. 81-82).

A questão apresentada não era inédita, mas a justiça imperial sempre se posicionou de maneira indecisa diante dela, sem conseguir firmar uma jurisprudência definitiva. Mesmo a instância máxima da justiça imperial (o Supremo Tribunal de Justiça) publicou arestos com soluções diametralmente opostas.

Para Caetano Soares, em relação ao primeiro quesito, os escravos seriam livres. Buscou a fundamentação num Digesto do direito romano que dizia que os filhos de escravos dados em usufruto não eram frutos. Como a doação do serviço da escrava, nesse caso, foi feita por testamento, seu proprietário havia falecido, portanto não existiria ninguém que mantivesse a propriedade sobre os filhos das escravas nascidos depois da consumação dessa doação. O uso da legislação romana foi justificado com o dispositivo das ordenações portuguesas que autorizava,

⁴⁹ Por “conferência” chamavam as atas do Instituto as sessões internas de seus membros.

em casos omissos, a recorrência ao direito romano desde que fundada na boa razão⁵⁰. Reforçou sua posição com mais um argumento, socorrendo-se outra vez da lei romana que dizia que o filho da escrava segue o destino da mãe. Ora, se a mãe foi libertada ou tem o direito da liberdade, nada mais natural que o filho também o possua. Tomando a palavra, Perdigão Malheiro afirmou que os filhos eram livres, uma vez que a mãe alcançou a manumissão. Foi mais longe, dizendo que a obrigação de prestar serviços de maneira alguma altera a liberdade, citou o código da Louisiana que junto ao dispositivo do direito romano usado por Caetano Soares transformava-se numa espécie de simbiose entre o direito antigo e o moderno. Para isso, mais uma vez recorreu ao Instituto da boa razão, motivo pelo qual a legislação brasileira deveria adotar o artigo denominado do código do estado norte americano. A boa razão, para estes juristas “era a própria liberdade” e, em sua defesa “até decisões supra-legais poderiam ser tomadas, inclusive antepor-se ao todo poderoso direito positivo”. (PENA, 2005, p. 93).⁵¹

Teixeira de Freitas, presidente da casa, não tinha a mesma opinião. Para ele, os filhos eram escravos enquanto escrava a mãe, não deveria se aplicar a teoria do usufruto nesse caso. Teixeira de Freitas era antes de tudo um positivista, acreditava fielmente no brocardo “sejamos escravos das leis para que possamos ser livres”. Era também um romanista como nenhum outro: “seguindo fielmente a letra da lei e o espírito da época [romana]”, achava que o legislador romano não fez mais do que referendar a condição de escravos dos filhos da escrava dada em usufruto. Quando o Digesto afirmava que os filhos não eram frutos, apenas negava-os como de propriedade do usufrutuário, pertenciam ao proprietário ou a seus herdeiros. Esta seria a interpretação correta do dispositivo, não outra que associava a expressão “não são frutos” com o significado de que seriam “livres”.⁵² Na legislação romana, dizia, existia um dispositivo mais adequado, num dos fragmentos editados por

⁵⁰ Diz Eduardo Spiller Pena (2005, p. 89-90) que o argumento da boa razão era freqüentemente levantado pelos juristas emancipacionistas “como um preceito jurídico-moral a favor da liberdade”; a boa razão, definida pela lei portuguesa de 18 de agosto de 1769, continha três princípios: “o respeito aos direitos divino e natural, fundadores das regras morais e civis entre o cristianismo; ao direito das gentes estabelecido para a direção e governo de todas as nações civilizadas; a todas as leis modernas políticas, econômicas, mercantis e marítimas, que as mesmas nações cristãs têm promulgado com manifestas utilidades do sossego público”.

⁵¹ Claro que esta era uma posição assumida entre quatro paredes, numa discussão puramente teórica. Como veremos, Perdigão não foi tão veemente na defesa da abolição quando precisou botar a cara a tapa.

⁵² Teixeira de Freitas era sabidamente o maior conhecedor do Direito Romano dentre os sócios do IAB.

Ulpiano aparece a figura da *statu líber*, uma espécie de “estado médio” entre a escravidão e a liberdade que durava enquanto o indivíduo permanecia na condição exigida pelo testamento. No fragmento romano, quando extinguiu-se a *statu líber* da mãe, os filhos permaneceriam escravos; no entanto, aceitou a doutrina com uma ligeira modificação “ao reconhecer que a condição escrava dos filhos também extinguir-se-ia no momento em que a mãe, após terminado o prazo, efetivava-se como pessoa livre”. Fez nesse momento uma grande exceção ao seu pensamento positivista concedendo aos filhos a liberdade, contrariando a ordem máxima legislativa. (PENA, 2005, p. 93-95).

Encerrou com uma consideração de ordem prática: em sua carreira de advogado tinha deparado-se com inúmeras situações análogas, encarava-as da seguinte maneira: a vontade do testador era sagrada; a questão aqui passa a ser de ordem sintática, quando o testamento concedia antes a liberdade para depois acrescentar a condição, defendia a liberdade; quando os serviços exigidos vinham antes da concessão, optava pela escravidão dos filhos.

3.2.3 A Renúncia de Teixeira da Freitas.⁵³

Passados alguns dias, em outra sessão do Instituto, Teixeira de Freitas apareceu com uma solução completamente diversa: disse que “tendo estudado mais a fundo o assunto”, não lhe importava a forma pela qual se deu a redação do testamento, resolvia sempre pela escravidão; em seus estudos identificou a natureza jurídica da *statu líber* não como uma condição, mas como uma verdadeira “obrigação a prazo”, ao final da qual se consumava a liberdade da mãe. Ao aprofundar-se nos estudos legais da questão, seus escrúpulos humanitários foram suplantados pelo rigor e formalismo jurídico. (PENA, 2005, p. 104-105).

⁵³ Ocupou a presidência do Instituto por apenas três meses, de agosto a outubro de 1857. Como veremos, o motivo de sua renúncia foi uma discussão jurisprudencial onde seus maiores opositores foram Caetano Alberto Soares e Agostinho Marques Perdigão Malheiro: “Tão marcante quanto a renúncia de Teixeira de Freitas, foi a total exclusão do registro de sua passagem pela presidência do Instituto na Revista [publicação oficial do IAB]. Assim, pela leitura da seqüência das atas do período, reproduzidas na referida Revista, obtém-se a informação falsa de que Urbano Sabino sucedeu Caetano Alberto [Soares, o mesmo que coadjuvou a discussão, ocupou a presidência interinamente no período imediatamente anterior ao de Teixeira de Freitas]. Até mesmo a memória de Sá Vianna sobre os 50 anos da Instituição foi escrita antes da revelação do fato. Segundo este autor, em trabalho sobre Teixeira de Freitas, o conhecimento de todo o episódio foi possível ao consultar o *Diário do Rio de Janeiro*, onde estão registradas as atas do período”. (FAGUNDES, 1995, p. 35-36).

Feridos pela afronta do romanista, Caetano Soares e Perdigão Malheiro resolveram enfrentá-lo. E, surpreendentemente (ou nem tanto assim), negaram a conveniência da aplicação da lei romana no caso em questão: Malheiro afirmou que “a teoria do Direito Romano e suas sutilezas” não eram aplicáveis na discussão que travavam; Soares foi mais longe: “nada para este caso de Direito Romano com suas disposições bárbaras e contraditórias, filhas de épocas diversas e opiniões diferentes.”⁵⁴ É certo que os egos falaram mais alto aqui: a maioria dos membros presentes passou a negar a aplicação da lei romana; e mais, afirmaram que a busca pela liberdade como valor moral deveria ser priorizada em questões envolvendo a escravidão, a situação mais benéfica para o escravizado tinha de ser a acolhida, mesmo que sobrepujasse a lei positiva.⁵⁵

Teixeira de Freitas logo percebeu que o Instituto optaria pela liberdade dos filhos da *statu liber*. Aflito, viu a discussão rumar para fora dos parâmetros legais, uma heresia inominada para ele que tanto prezava a vontade da lei, ainda mais porque ocorrida dentro de um Instituto de doutores advogados, ou seja, indivíduos que deveriam prezar pela matéria legal em seus embates sob o teto do IAB. Para ele “a escravidão era um fato, existia como instituição legal e, mesmo maculando a imagem do país, deveria ser aceita como tal”. Criticou o procedimento de seus colegas no Instituto, de servirem-se da lei para suas finalidades emancipacionistas e desafiou: se eram tão revolucionários, por que não propunham o fim imediato da escravidão? Foi um argumento muito hábil contra a incoerência jurídica de seus adversários que “vulgarizavam o direito com seus arrebatamentos de entusiasmo”.⁵⁶

O desafio perdeu-se no tempo, Caetano Soares e Perdigão Malheiro, ao que tudo indica, não estavam dispostos a encarar as conseqüências de sua decisão.

⁵⁴ Veremos no decorrer deste trabalho que essas atitudes – tanto de Teixeira de Freitas, quanto a de Perdigão Malheiro e Caetano Soares – de mudar suas opiniões ao sabor dos ventos (ou dos egos), foi prática comum nas discussões envolvendo a escravidão, lembramos que poucas páginas atrás os dois últimos juristas invocaram o mesmo Direito Romano aqui negado para respaldar a sua posição.

⁵⁵ Atitude abominável para um positivista como Teixeira de Freitas; há uma passagem no livro de Eduardo Spiller Pena (2005, p. 98, 104) que ilustra bem essa posição do jurisconsulto: diz o historiador que quando se começou a questionar a legitimidade da escravidão, em meados do século XIX, os castigos aplicados aos escravos passaram a ser encarados como um problema, coisa que não passou em branco pelo nosso Teixeira de Freitas, que os encarava como bárbaros; Era tão positivista o homem que a solução para aplacar esse sentimento que lhe afligia foi encontrada exatamente nos dispositivos legais: “Teixeira de Freitas, ao que demonstram nossas evidências, viveu esse dilema, tomou sua decisão e arcou com os incômodos que ela possivelmente tenha gerado. Para eles, no entanto, encontrou o paliativo de um remédio muito especial: a justificativa da lei”.

⁵⁶ Apesar de abordá-la através de notas de rodapé, a *Consolidação das Leis Civis* reconheceu a escravidão e a plenitude da posse jurídica de escravos.

Sabiam que era uma discussão interna, que não ecoaria como um estrondo pelas bancadas jurídicas; além disso, reconheciam o direito de propriedade consagrado em toda sua plenitude pela constituição vigente, nunca colocariam em xeque a vigência política da escravidão, apenas sua ilegitimidade moral.

Teixeira de Freitas, magoado, renunciou à presidência e retirou-se do quadro de membros do IAB. Para tanto, escreveu uma longa carta em tom lamurioso, na qual passa a limpo a discussão inteira, oferecendo argumentos para todos os pontos controversos da refrega.⁵⁷ A partir de então concentrou todas as suas forças na *Consolidação*. Tarefa hercúlea, à qual nunca colocaria termo e transformar-se-ia na grande decepção de sua vida⁵⁸.

Inúmeros códigos de leis, herdados pelo Império, dada sua vastidão e origem distintas, deram margem, freqüentemente, ao surgimento de interpretações divergentes sobre um mesmo tema jurídico. O direito brasileiro do período era um campo cercado de paradoxos, em que os juristas travaram batalhas infundáveis. (PENA, 2005, p. 118).

Duas são as causas para a discussão originada no IAB: a falta de uma positivação legislativa específica à escravidão e o afluxo enorme de ações de liberdade no tribunal.

⁵⁷ Alguns excertos do documento: “*Senhores*. A última votação do Instituto sobre a questão jurídica proposta pelo Sr. Dr. Caetano Alberto Soares, os desagradáveis incidentes que essa questão provocara na sessão de 15 do corrente mez. E também na sessão anterior, abalaram tão profundamente o meu espirito que inuteis têm sido os meus esforços para acalmar o meu sofrimento, e deixar passar essa onda que submerge minhas esperanças.”

“[...] Dispensai-me, senhores; terminei como quizerdes a vossa questão de liberdade. É uma questão de liberdade e vós a tendes discutido com toda a liberdade”. Ao terminar, não resistiu a um toque de sarcasmo, oferecendo “a pequena quantia de 1:000\$ para ser applicada á fundação da sua bibliotheca [do Instituto], e recommendo-vos sobretudo, que a enriqueçais logo com o *Corpus Iuris*, que deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descanço”. São as lamentações de um *Romanista*. (VIANNA. 1905, P. 42, 81).

⁵⁸ Em 7 de abril de 1872, o jurista reuniu-se com o então ministro Duarte de Azevedo e o contrato da *Consolidação* com o Império foi rescindido. Pode-se imaginar o golpe que a rescisão significou para Teixeira de Freitas; Enfrentou forte depressão e, em 1873, seguindo conselho médico, mudou de ares, para um lugar mais calmo. A cidade escolhida foi Curitiba, que contava com cerca de 30.000 habitantes, construiu uma enorme casa no alto do morro (onde hoje se encontra o edifício da Telepar) que contava inclusive com senzalas. Esse período foi fértil de acusações por parte de seus adversários, diagnosticaram-lhe a loucura, em especial a monomania (realmente o Romanista passava por uma fase difícil e apresentava traços de monomania religiosa); fato negado por seus biógrafos (Sílvia Meira e Sá Vianna), que, no entanto, parecem ter revestido suas obras com um tom de reverência; o certo é que Freitas não sentia-se bem e Curitiba serviu-lhe de refúgio, deixou a cidade por volta de 1880 (ninguém conseguiu precisar a data), bem perto de sua morte, em 1883. (MEIRA, 1979, p. 388-411).

3.3 Caetano Alberto Soares.⁵⁹

3.3.1 – O Discurso de 1845 e a Missão Evangelizadora do Direito.

Em 1845, Caetano Soares apresentou um discurso intitulado “Melhoramento da Sorte dos Escravos no Brasil” em meio aos protestos brasileiros contra a lei inglesa de Aberdeen.⁶⁰ No documento não discutiu o tráfico, mas a existência da própria escravidão. Descartou a influência estrangeira com suas propostas de abolicionismo imediato, dando cargo ao tempo e à lei para que a escravidão encontrasse um fim gradual. Um fim que não trouxesse a ruína, para ele, inevitável na primeira hipótese:

[...] a abolição total da escravidão, feita de chofre e forçadamente entre nós, traria inevitavelmente consigo a destruição de todas as fortunas, a ruína inteira da agricultura, e o regresso mesmo da civilização.⁶¹ (PENA, 2005, p. 147)

Jurista e sacerdote, argumentou com base em fundamentos cristãos atados aos ideais iluministas.⁶² A religião, por fim, sobrepôs-se à razão dos filósofos da luz no discurso antiescravista: foi Deus quem dotou o homem de razão para que com ela controlassem seus instintos. A essência que atribuía ao direito era aproximada ao exercício da divindade, conferiu ao pensamento e à prática jurídica uma predestinação sagrada: aos advogados e homens da lei era velada a missão civilizadora de justiça, deveriam enfrentar o mal, entre eles o da escravidão:

Uma inspiração Divina adeje aos corações dos nossos legisladores, que os faça refletir nesta tão visível lacuna da nossa legislação, como notável inseqüência de princípios; e que os constranja

⁵⁹ Nascido na Ilha de Madeira em 1790, naturalizou-se brasileiro; adotado por seu tio e padrinho, Cônego Caetano Alberto de Araújo, foi preparado para a carreira eclesiástica, chegando a receber a ordem de presbítero; ocupou os cargos de Vigário-geral na Ilha de Madeira, advogado (Portugal e Brasil), Juiz de Órfãos (Brasil), Advogado da Casa Imperial (1839-) e Jurisconsulto, presidiu o IAB de 1852 a 1857. (SILVEIRA, 1944, p. 169) e (FAGUNDES, 1995, p. 25).

⁶⁰ Autorizava a marinha britânica a apreender navios brasileiros envolvidos com o tráfico.

⁶¹ Para Eduardo Spiller Pena (2005, p. 145-146), “dois jurisconsultos foram os principais responsáveis pela colocação, no interior do IAB, do tema da escravidão e do encaminhamento ideal para uma política de emancipação no país”, o fizeram oficialmente através de discursos em sessões comemorativas “que reuniam uma boa arte dos sócios efetivos e honorários (quando não um representante ou o próprio ministro da justiça), traduzindo, por isso mesmo, o pensamento e a palavra oficial do Instituto”.

⁶² Em suas palavras: “ambas [a religião cristã e a filosofia iluminista] eram filhas queridas da Divindade, madrinhas e protetoras do gênero humano”. (PENA, 2005, p. 148).

a querer sinceramente o remédio de um mal, que eles podem ir fazendo menos deplorável *gradualmente, até de todo o extinguirem* (grifos nossos). (PENA, 2005, p. 150).⁶³

Visava o aperfeiçoamento moral de uma nação independente, nesse sentido assimilou dos pensadores franceses o reconhecimento de que a escravidão era inconcebível para o direito natural. O fantasma da abolição imediata também é afastado na citação, conseqüentemente aparece aqui o princípio norteador dos “aboliconistas oficiais”: o da “Razão de Estado” ou da utilidade do interesse público; antes de tudo é preciso manter o equilíbrio e a harmonia social e crer na gradual, apesar de lenta, evolução das instituições e do ideal humanitário. Eduardo Spiller Pena coadunou sua análise de Caetano Soares com a de David Brion Davis (1970, p. 426 citado por PENA, 2005, p. 157) sobre os filósofos iluminados, diz este último que a maioria dos homens ilustrados concordava que toda boa intenção e sensibilidade “eram muito boas, porém não podiam ser admitidas para trazer mudanças repentinas que podiam romper o ajuste delicado das forças históricas e naturais.”⁶⁴ De fato, Caetano Soares negou a perpetuidade da escravidão, porém opôs-se ferozmente a qualquer proposta de abolição imediata. Não estava em desacordo com a escravidão em 1845, considerava-a ilegítima, mas justificável pelas “circunstâncias” em que o país se encontrava:

Pode sim acontecer que se verifiquem condições e circunstâncias, em que a escravidão forçada se torne desculpável [...]. Mas esta necessidade, filha só das circunstâncias, apenas poderá justificar a tolerância da escravidão, enquanto tais circunstâncias persistirem, nunca a mesma escravidão. (PENA, 2005, p. 159).

⁶³ A última parte da citação revela o caráter “etapista” defendido pela maioria dos aboliconistas brasileiros, que revelou-se aos olhos de todos com a promulgação das leis do “ventre livre” (1871) e dos “sexagenários” (1885).

⁶⁴ DAVIS, David Brion. **The Problem of Slavery in Western Culture**. Middlesex: Penguin Books, 1970. Quanto à atitude visivelmente ambígua de Caetano Soares, Pena afirma que os princípios iluministas foram absorvidos pelo juriconsulto “tanto para criticar a legitimidade da escravidão como para justificá-la, dependendo do contexto histórico e das motivações filosófico-políticas” que o influenciaram na escrita de seus trabalhos; reforça sua posição, novamente utilizando-se de Brion Davis, quando diz que este apontou atitudes semelhantes em Montesquieu, “que se antepôs às justificativas tradicionais da escravidão, reconhecia que ela possuía um ‘fundamento racional’, principalmente em ‘Estados despóticos’”, e no próprio Voltaire que “era contrário às formas arbitrárias de dominação, reconhecendo que a igualdade era um atributo do direito natural; mas, ao mesmo tempo, reconhecia que no mundo real, as desigualdades sociais eram inevitáveis”. (DAVIS, 1970, p. 423 citado por PENA, 2005, p. 155).

A abolição deveria ser tocada de forma lenta por legisladores inspirados pela orientação divina; os escravos preparados para a liberdade, sem prejuízos aos senhores; tudo em nome do interesse público, do bem-estar da nação.

Como dispositivos legais disponíveis aos escravos para perseguirem seus direitos, Caetano Soares propôs aos senhores, informalmente, um “júri de escravos” para que suas infrações fossem julgadas pelos seus pares; sugeriu a criação de uma magistratura especial, que entendesse as queixas dos escravos, em caso de abuso o magistrado determinaria a venda para outro senhor, “mais humano”; defendeu a regulamentação do pecúlio reunido pelos escravos como uma compensação pela perda da liberdade, sustentou – em nome da abolição gradual – a justiça de o escravo resgatar a si mesmo, pagar por sua liberdade.⁶⁵ Como lei e religião caminhavam juntas para Caetano Soares, não conseguiu fazer vista grossa àquilo que Pena (2005, p. 165-166) batizou “trilogia moral”: a lei deveria conferir a liberdade a toda mãe escrava que conseguisse conceber cinco ou mais filhos e mantê-los vivos até os sete anos; também o que chamou de “direito à gratidão”, obrigando o filho de qualquer senhor a libertar a escrava que lhe dedicou cuidados de verdadeira mãe na amamentação e criação; a terceira situação atacava um problema antigo e controverso, a devassidão dos senhores, a mãe e as crianças descendentes de seu proprietário ficariam imediatamente em liberdade.

É fácil detectar nestes últimos exemplos o caráter evangelizador da lei idealizado por Caetano Soares: num primeiro momento ficou tão cego em suas reflexões que chegou à conclusão que a principal causa da alta mortalidade infantil entre os escravos não eram as suas paupérrimas condições de vida, mas o descaso e a falta de esperança das escravas em relação aos seus filhos, decorrentes da situação em que se encontravam. Assim, com uma promessa de liberdade no horizonte, não só conceberiam mais filhos aos seus senhores como deles se encarregariam como uma mãe natural (branca) deveria fazê-lo; a segunda situação origina-se de um raciocínio cristão elementar, a gratidão do filho deve ser análoga à de que todos deveriam ter pelo criador; no último caso, a lei trataria de punir o devasso expurgando dele o que era mais caro àquela época: o direito de propriedade.

⁶⁵ A dita “alforria forçada”.

Destas sugestões, somente o direito ao pecúlio e à alforria forçada foram regulamentados pela lei de 1871.

3.3.2 A Antinomia.

Em maio de 1859, os membros do Instituto colocaram em pauta uma discussão sobre uma situação que consideravam de extrema imoralidade: pode o filho de um proprietário com uma escrava ser herdeiro e senhor de sua própria mãe?⁶⁶

Perdigão Malheiro, tomando a palavra, mencionou uma conversa que teve com um juiz de Mar de Hespanha, Minas Gerais: o juiz lhe revelou que, em um inventário de sua comarca o filho, na situação de inventariante, herdara a própria mãe. Perdigão aconselhou ao juiz, devido à grande imoralidade do caso, considerar a mãe como pessoa livre. Salientou que o filho era automaticamente livre, para isso socorreu-se do dispositivo das Ordenações Portuguesas (Ord. Liv. IV, Tit. 92)⁶⁷ conjurado por outro vindo do direito romano. Essa conjuração com o direito romano parte de um raciocínio interessante: o tal dispositivo do direito clássico não foi adotado em sua forma pura (pagã), pois já havia sido “melhorado pelo cristianismo de Diocleciano” e “proibia expressamente a todo pai, por qualquer forma, vender, hipotecar ou alienar seu filho”; de certa maneira, Perdigão colocou a cláusula sagrada do direito de propriedade contra si mesma: considerava uma “antinomia”, um “absurdo”, que qualquer proprietário não possa dispor de seu próprio escravo, “o filho jamais seria um escravo, pois, se o fosse, de acordo com a lei, o pai estaria impedido legalmente de exercer o seu direito supremo e absoluto” de fazer o que quisesse com a sua propriedade. Impossível o pleno exercício sobre a coisa, o domínio escravista se auto-extinguiria. (PENA, 2005, p. 172-174). No entanto, para Perdigão,

⁶⁶ Provavelmente o conselho diretor teve como base para propor o debate o discurso de 1845 de Caetano Soares, já que o jurista ocupava interinamente a presidência do IAB em 1859, ano que foi majoritariamente ocupado pela discussão em questão.

⁶⁷ Ordenação do Livro 4º, Título 92: fazia referência ao direito de herança que teria o filho ilegítimo de pai “peão” (plebeu) que possuísse outros filhos legítimos. Nesse caso, garantia ao filho bastardo o direito de partilhar os bens do pai. No entanto, para os filhos tidos com escravas, rezava a norma: “isto mesmo [o direito de herdar os bens do pai] haverá lugar no filho, que homem solteiro peão houver de alguma escrava sua, se por morte de seu pai ficar forro”. A interpretação de Perdigão foi, no mínimo, curiosa: até aquele momento, esse dispositivo das ordenações era usado exatamente para referendar a escravidão, uma vez que o filho tido com escrava só tinha o direito à herança se, por ocasião da morte do pai, alcançasse a alforria; o que nos faz pensar que até o momento de seu genitor expirar, ainda era escravo. (PENA, 2005, p. 171).

se o filho fosse de escrava alheia, a imoralidade era jogada para escanteio e o rebento continuava sob o cárcere.

Por unanimidade o IAB decidiu que o filho de senhor com a própria escrava seria livre. Por outro lado, omitiram-se completamente sobre o destino da mãe, sabiam que perdigão aconselhara o juiz de “Mar de Hespanha” a libertar a genitora, mas este foi apenas um conselho informal a um juiz de direito.

Há uma explicação plausível para a omissão dos sócios em relação à liberdade da mãe no debate de 1859:

[...] a distinção que havia entre os dois momentos em que o Instituto se pronunciou sobre o tema. Havia uma diferença significativa entre se elaborar um discurso ou memória de cunho antiescravista e se decidir, em nome do Instituto, a regulamentação ideal de uma jurisprudência sobre uma determinada questão jurídica envolvendo escravos e senhores. O discurso de Caetano Soares, em 1845, foi uma fala pública a favor do emancipacionismo, feita na data comemorativa de aniversário da associação e veiculada em diferentes jornais e revistas jurídicas da época. Normalmente, os juristas encarregados de elaborar esses discursos oficiais falavam mais à nação do que propriamente ao quadro interno dos sócios. Neles, apresentavam idéias e intenções de projetos de lei a serem debatidos, com toda moderação, pela sociedade [...] sem pretensões de que fossem rapidamente aceitas ou regulamentadas. A memória de Caetano Soares possuía esse tom e, de forma similar a todas as memórias destinadas ao público, e que propuseram meios para a emancipação dos escravos, ela não economizou predicados humanitários e de moralidade na sustentação de suas idéias legais. (PENA, 2005, p. 178-179).

Há de se considerar aqui que os próprios membros do IAB, principalmente em reuniões como a de 1859, colocavam-se como uma espécie de porta voz jurídico do governo imperial, acreditavam que suas deliberações fundamentariam as petições dos advogados, as decisões judiciais e fomentariam discussões para projetos de lei no parlamento. Além do que, no fundo, realmente davam crédito ao seu poder de transformação da realidade social, como podemos observar na fala de um de seus membros em ocasião do dito debate:

[...] Pondera mais o orador que nestas circunstâncias convém medir o alcance e a influência que semelhante discussão e seu resultado pode exercer sobre a sociedade; que esta discussão não tem sido indiferente, antes pelo contrário de vários pontos tem o orador recebido cartas que indagam qual a decisão tomada pelo Instituto [...].(PENA, 2005, p. 218).⁶⁸

⁶⁸ O “orador” em questão era o sócio efetivo do IAB desde 1857, Firmo de Albuquerque Diniz, e foi proferida no debate que se estendeu por todo o ano de 1859. Contudo, a decisão desse debate não conseguiu normatizar a jurisprudência “no sentido de referendar a liberdade para os filhos naturais

Interessante notar que em 1845, Caetano Soares não titubeou em conferir, em nome da moral de da humanidade, a liberdade às mães escravas e aos seus filhos naturais tidos com os senhores. Já em 1851, como consultor de um periódico jurídico⁶⁹, ao responder a um pergunta sobre a mesmíssima situação colocada por um leitor, deixou seus ideais de lado para proclamar a cega observação da lei, que determinava a escravidão para tais casos, posição dominante nos acórdãos e arestos dos tribunais superiores do Império. Nota-se aqui o grande vazio deixado por uma lei esparsa e um código compilador das leis civis, as interpretações não tinham uma força mandamental que as atraíssem para um norte comum, eram livres e suscetíveis ao humor de quem as realizava. Prova disso é a conclusão a que chegou Caetano Soares neste último exemplo: para albergar a escravidão, dispôs do mesmo dispositivo das ordenações portuguesas (Ord. Liv. IV, Tit. 92) ao qual fez duras críticas em seu discurso de 1845 e que serviu para Perdigão Malheiro, no debate de 1859, libertar os filhos dos senhores com as escravas.

3.4 Agostinho Marques Perdigão Malheiro.⁷⁰

A preocupação com a escravidão sempre esteve presente na vida profissional do juriconsulto Perdigão Malheiro. Em 1850, provavelmente em sua tese de doutorado⁷¹, já criticava a escravidão; o embate entre a defesa da liberdade e o respeito ao direito de propriedade marcou-o por toda vida, fazendo com que adotasse posturas ambíguas em diversas situações.

Sua gestão como presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros foi a que mais abriu espaço para a discussão do “elemento servil”, como gostavam de

mantidos como escravos pelos proprietários”. A maioria das decisões judiciais na segunda metade do século XIX optou pelo cativo. (PENA, 2005, p. 228).

⁶⁹ Chamava-se *Nova Gazeta dos Tribunaes*.

⁷⁰ Mineiro, nasceu em 1824, seu pai foi magistrado do Supremo Tribunal de Justiça, formou-se em 1849 pela faculdade de direito de São Paulo; pertenceu ao Instituto histórico e Geográfico Brasileiro, foi advogado no Rio e em São Paulo, elegeu-se deputado pelo Partido Conservador de Minas Gerais (1869-1872 e 1877-); ocupou a presidência do IAB de 10 de outubro de 1861 a 16 de outubro de 1866. (SILVEIRA, 1944, p. 181) e (BONELLI, 1998, p. 10).

⁷¹ Suposição de Eduardo Spiller Pena (2005, p. 255); a obra intitulava-se *Indice chronologico dos factos mais notaveis da historia do Brasil desde seu descobrimento em 1500 até 1849 seguido de um succinto esboço do Estado do país ao findar o anno se 1849*, o que deve ter lhe valido o ingresso no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

chamar alguns. Em 1863, já no cargo máximo do IAB, pronunciou um discurso, com ampla repercussão na corte, criticando a escravidão.

Produziu a mais extensa reflexão jurídica sobre o tema, sua obra *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico, Jurídico, Social* (1866-1867) é referência para todos os interessados pelo tema. Nela, traçou o caminho ideal para a abolição, sempre ladeado por seus ideais: “a manutenção da segurança política e da tranqüilidade econômica do país.” (PENA, 2005, p. 256).

Como veremos, Perdigão enfrentou uma crise entre seus ideais de jurisconsulto emancipacionista e a postura política do deputado conservador.⁷² Por isso, transfigura-se no exemplo encarnado das contradições que enfrentavam, e muitas vezes sem a coragem necessária, os abolicionistas da época, principalmente os “oficiais”, aqueles com uma ligação orgânica extremamente forte com o Estado.

3.4.1 A “Alforria Forçada” e o Direito ao Pecúlio.

Em 1863, Perdigão já havia aprovado a libertação do ventre como uma medida ideal para a abolição gradual e controlada. Quatro anos depois, redigindo o último capítulo de sua mais famosa obra *A escravidão no Brasil*, elaborou de forma detalhada as bases de um projeto de lei para a abolição da escravidão, projeto este que antecipava boa parte das medidas adotadas pela lei de 1871, propondo como “meio direto” a libertação do ventre e como “meio indireto” a acumulação de pecúlio pelo escravo, mesmo sem consentimento do senhor, para que pudesse “comprar” a sua liberdade.⁷³

Já como deputado, em 1870, apresentou quatro projetos de lei ratificando os dispositivos do capítulo derradeiro de sua obra: a libertação do ventre (com a condição de que o liberto trabalhasse até os 21 anos para o senhor e posteriormente, em projeto futuro, 18 anos) e a acumulação do pecúlio. Reconhecendo o pecúlio como um verdadeiro “direito de propriedade do escravo”,

⁷² Alfredo Balthazar da Silveira (1944, p. 181) aponta uma fala interessante de Perdigão, quando acusado de incoerência em razão de seu voto contrário à lei do “ventre livre”: “Mas, senhores, [...] se a pretendida incoerência é com relação às obras que publiquei, tenho a dizer que elas são trabalho de gabinete, são livros de estudo e de doutrina; e quem não sabe a distância que vai de um livro de estudo e de doutrina para um trabalho de legislador?”

⁷³ O capítulo em questão chama-se *Bases ou Projetos para a Abolição da Escravidão e Melhoramento da Sorte dos Escravos. Conclusão*. (MALHEIRO, 1976, v. 2, p. 146).

seu comentário ao projeto foi: “até aqui o pecúlio era apenas tolerado, aquilo que era tolerância o projeto transforma em direito, e garante-o.” (PENA, 2005, p. 261-262).

Note-se que para o escravo ser considerado titular de direitos ou de apenas um direito, sua classificação como *res* ou coisa nas relações jurídicas é relativizada, já que poderia dispor de certas prerrogativas (acumulação do pecúlio neste caso) sem que precisasse da autorização de seu senhor, mesmo que esse direito fosse contrário às aspirações senhoriais.

Como explicar então quando da apresentação do projeto da lei de 1871, que praticamente reproduzia as suas propostas anteriores, o fato de Perdigão unir-se à dissidência do partido conservador e passar a criticar a implantação, naquele momento, de qualquer reforma legal sobre a escravidão no país? Passou inclusive a criticar os dois dispositivos adotados por ele em seus projetos de lei e em sua obra, ao ponto de ser taxado de incoerente por seus adversários, sobretudo por Rio Branco, que costumava responder às investidas do juriconsulto hábil e ironicamente, com as famosas linhas de *A escravidão no Brasil*.⁷⁴

Para Pena (2005, p. 268), é impossível analisar a atitude de Perdigão sem dar especial atenção aos seus discursos proferidos no parlamento. Compara a atitude do abolicionista com a de seu colega de Instituto e de mandato, também abolicionista, José de Alencar, autor das peças *Mãe e Demônio Familiar*, ambos anti-reformistas na ocasião: afirma que “dada a semelhança de seus argumentos contrários ao projeto da lei de 1871, os dois devem ter dialogado a valer nas antesalas da câmara imperial”. Para Pena, os discursos remetem justamente à nossa conhecida “Razão de Estado”, os argumentos tentavam justificar o fato de que uma reforma, naquele momento, poderia pôr em risco a unidade da Nação.

Esse gesto de Perdigão pode refletir a preocupação que possuía da manutenção da sujeição do escravo durante a transição para a liberdade, ou seja, tanto a doação da alforria pelo senhor quanto a emancipação legal pelo Estado não deveriam ser precipitadas. Os escravos teriam de ser preparados para a liberdade,

⁷⁴ O chamado projeto Rio Branco foi apresentado em 12 de maio e transformou-se na lei do “ventre livre” em 28 de setembro de 1871. O principal ponto de discórdia girava em torno da liberdade concedida às crianças nascidas de mães escravas, o argumento central era o já conhecido desrespeito ao direito de propriedade. Nesse sentido, o projeto foi mudado e aproximou-se das propostas apresentadas ao parlamento por Perdigão Malheiro: “[...] o projeto foi aprovado com algumas modificações. Aos senhores foi concedida a prerrogativa de escolherem entre entregar as crianças libertas a uma instituição pública quando completassem 8 anos, recebendo em troca 600 mil-réis, ou utilizar seus serviços até que tivessem 21 anos. Alguns consideraram que tais dispositivos asseguravam o ‘direito de propriedade’[...]”. (MENDONÇA, 2007, p. 24-25).

preferencialmente sob a tutela de seus próprios senhores, para a manutenção da tranqüilidade e da ordem social no país. Posição já latente em *A Escravidão no Brasil*.⁷⁵

Em 1871, os medos de Perdigão se concretizam, ou seja, esse imediatismo, pelo menos para ele, aparece com o projeto de lei, para o qual o Brasil ainda não estava pronto e, sem vacilo algum, ele recusa todas as medidas de um projeto que praticamente reproduzia as apresentadas pelos seus, há apenas um ano.

Eduardo Spiller Pena propõe um dilema que talvez tenha enfrentado Perdigão:

[...] como extinguir a escravidão, considerada ilegítima do ponto de vista jurídico, sem afetar, porém, a economia e a segurança do Estado e, num plano mais específico, respeitando-se o direito – ainda legal e positivo – da posse de escravos pelos proprietários? (PENA, 2005, p. 271).

Em diferentes momentos de sua carreira, Perdigão teve de enfrentar esse dilema, e a “Razão de Estado” foi o parâmetro principal para as suas decisões. Em 1871 não foi diferente, as “Razão de Estado” (tranqüilidade e segurança pública), juntamente com o respeito à propriedade privada levaram-no a negar não só o projeto proposto pelo gabinete Rio Branco, como também todos aqueles que apresentara ao parlamento, incluindo o de sua obra famosa. Para Pena, os princípios jurídico-morais de Perdigão não foram negados, mas tiveram de conviver, ou mesmo serem preteridos, em favor dos imperativos absolutos da segurança e da ordem do Estado imperial. A “Razão de Estado” constituiu-se em uma espécie de paradigma moral e político para Perdigão Malheiro.

3.4.2 O Jurisconsulto Como Instrumento político imperial.

O chamado gradualismo da maioria dos autores emancipacionistas, de certa maneira contribuiu para a desaceleração do processo de abolição, principalmente naqueles momentos em que a crítica à escravidão se acirrava: já em 1823, em representação à assembléia nacional constituinte, José Bonifácio declarou não conceber a convivência entre senhores e escravos em uma nação liberal, para isso

⁷⁵ “A idéia da necessidade de proteção dos libertos foi, entretanto, de uma força avassaladora durante todo o processo de encaminhamento parlamentar da abolição. Muitas vezes serviu de matriz argumentativa para direcionar e buscar legitimar muitos dos aspectos presentes na legislação emancipacionista”. (MENDONÇA, 2007, p. 29).

era preciso promulgar a liberdade “de forma controlada e gradual”; o maior temor dos gradualistas, como já visto, era a desordem em que o país poderia mergulhar se abolida a escravidão de pronto. Descartavam qualquer possibilidade de abolição imediata, justificativas apelando para a falta de dinheiro do governo para uma indenização em massa de todos os proprietários eram recorrentes. É visto que ao gradualismo atava-se de forma inseparável a idéia da propriedade privada e absoluta, não devemos pensar que os gradualistas eram pró-escravidão ou pensavam nos senhores antes de tudo; eram apenas homens inseridos em seu contexto histórico e simplesmente não conseguiam pensar em abolição sem indenização; para eles, a falta de uma contra-prestação seria uma injustiça tão grande como a própria escravidão.

Foi o gradualismo que pautou o discurso proferido por Perdigão Malheiro em 1863,⁷⁶ discurso que transfigurou-se na posição oficial do Instituto e do Império. Tal atitude, talvez tenha sido um meio de resposta encontrado pelas autoridades imperiais ante aos desentendimentos de ordem político-sociais ocorridos no início da década de 60, desentendimentos que propuseram caminhos mais diretos e radicais para a abolição:

Além de sua finalidade propriamente jurídica, o Instituto, neste momento, foi um instrumento político eficaz para o governo imperial reiterar o tom de cautela, amainar as críticas e evitar a radicalização do processo emancipacionista. Perdigão Malheiro, portanto, antes de ser um admirável “abolicionista” [...] fez de seu discurso antiescravista um “freio” para a própria efetivação da abolição nesses primeiros anos da década de 1860. (PENA, 2005, p. 276).

Perdigão sabia que quase todos os países europeus tinham decretado o fim da escravidão em suas colônias, Holanda e Portugal implementavam desde a década de 50 mudanças nas relações de trabalhos escravistas em seus domínios na América e na África, finalmente libertaram os escravos que ainda existiam, com a devida indenização aos proprietários, em 1862 e 1865 respectivamente; em 1861 o Império Russo, sem ninguém esperar e não seguindo o exemplo de seus vizinhos no velho continente, acabou repentinamente com a servidão; no mesmo ano estourou a guerra civil nos Estados Unidos, causada pelos desentendimentos entre o sul e o norte sobre a escravidão. Tudo isso assolou o ânimo dos abolicionistas mais

⁷⁶ Intitulava-se: *Illegitimidade da propriedade constituída sobre o escravo - Natureza da propriedade - Justiça e conveniência da abolição da escravidão; em que termos.*

parcimoniosos, ao ponto de alguns deputados declararem seu temor pela guerra que agora castigava solos norte americanos, vir manchar o nosso “caso não fosse enfrentada a intransigência dos proprietários escravistas.”⁷⁷ Fato que não passou em branco para Perdigão em 1863: “Na América do Norte uma guerra fratricida assola o país; e ela tem a sua origem na escravidão, elemento de discórdia do Sul e Norte da União.” (PENA, 2005, p. 277-278).

No entanto, nada inspirou tanto o discurso de Perdigão quanto a “Questão Christie”, episódio entre Brasil e Inglaterra que acabou com o rompimento dos laços diplomáticos entre os dois países, justamente no ano de 1863, após quase uma década de desentendimentos que se acirraram com a vinda do representante diplomático William Christie⁷⁸ para a capital do Império. Provavelmente as desavenças em torno da manutenção ou não da escravidão foram o motivo principal da ruptura. Após a efetiva repressão ao tráfico de africanos, feita a partir de 1850, pelo governo brasileiro, a diplomacia britânica havia passado a criticar firmemente a própria existência da escravidão. Dois dos pontos mais polêmicos da divergência,

[...] mantidos cuidadosamente em sigilo pelas autoridades imperiais, relacionavam-se à condição legal dos milhares de africanos importados após a lei de 1831⁷⁹ e a dos africanos emancipados, retirados dos navios negreiros apreendidos, e mantidos ainda como escravos nos serviços públicos ou em mãos de particulares. Os ingleses exigiam, em respeito às leis e tratados, a libertação imediata dos primeiros e denunciavam [...] a escravização de fato dos segundos. (PENA, 2005, p. 280).

A tensão chegou ao seu ápice em 1861, quando Christie exigiu explicações do governo brasileiro sobre os anúncios de venda de escravos africanos nos jornais com declarações de idade que, se fossem verdadeiras, estariam desobedecendo a norma de 1831. Sempre requisitando informações e nunca atendido pelo governo brasileiro, Christie recomendou ao governo inglês maior persuasão sobre as autoridades brasileiras visando a extinção definitiva da escravidão. Essas desavenças, somadas ao saque de uma embarcação britânica, fez com que os países rompessem as relações em 1863. a crise fez com que o Brasil levantasse a

⁷⁷ Em especial, o deputado Tavares Bastos.

⁷⁸ Representante diplomático britânico na corte de 1859 a 1863.

⁷⁹ Dizia em seu artigo primeiro (*caput*): “Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres”. (São carlos, disponível <http://www.icmc.usp.br/ambiente/saocarlos/?historia/o-processo-de-abolicao-e-a-vinda-dos-imigrantes-europeus/lei-de-1831>).

bandeira da escravidão como uma estratégia de defesa ante os ingleses. Somado a isso, existem relatos da época que concretizavam um dos maiores temores dos gradualistas e das autoridades imperiais: as revoltas de escravos e libertos, uma ameaça à “Razão de Estado”. O próprio Nabuco de Araújo⁸⁰, nessa época Ministro da Justiça, publicou um relatório temeroso sobre as “revoltas de escravos que se sucediam em várias províncias do Império.”⁸¹ Para piorar, corriam boatos que os próprios escravos e libertos tinham conhecimento das desavenças entre o Governo e Christie. Notícias como esta, em uma administração com tendências à paranóia, podem ser interpretadas como o “fim dos tempos”, coisa que fez o governo procurar por soluções: engenhosidade não faltou, e eles se saíram com o discurso de Perdigão, elegendo-o como posição oficial do governo imperial.

Deve-se observar que o discurso silenciou sobre os africanos importados após 1831 e não mencionou os africanos emancipados e mantidos em cativeiro como escravos públicos, assuntos só abordados por Perdigão em 1864, após a solução da crise com os ingleses. O manifesto de 1863 apenas sugeriu a libertação do ventre como medida emancipacionista, a extinção do elemento servil deveria se dar pela morte e manumissões regulares dos escravos. A proposta foi abraçada imediatamente pelo governo imperial, fato que reforça a intenção de abrandar os ânimos ingleses através do ensaio de 1863 e a fina sintonia entre o IAB e as diretrizes políticas do Império.

Sendo ou não o braço político do Imperador, fato é que a intenção almejada e alcançada de Perdigão era atingir com o discurso não só os juristas, mas esferas de maior peso político no país. Falamos que a intenção foi alcançada porque além de publicado no Instituto e em vários jornais país a fora, o discurso chamou a atenção de políticos emancipacionistas e extrapolou as fronteiras do Brasil, surpreendendo positivamente os abolicionistas europeus.

É provável que Perdigão, participando e sendo um dos responsáveis pela emergência dessa articulação civil e política, encarasse o ano de 1864 e os seguintes como o momento oportuno para se iniciarem as discussões parlamentares para a produção de uma reforma legal da

⁸⁰ José Thomas Nabuco de Araújo, presidente do IAB de outubro de 1866 a novembro de 1873; pai de Joaquim Nabuco. (FAGUNDES, 1995, p. 41-43).

⁸¹ O então Ministro da Justiça mantinha uma intensa correspondência com os chefes de polícia de inúmeras localidades do país. Tratavam principalmente de rebeliões de escravos e formação de quilombos. (PENA, 2005, p. 283).

escravidão, não fosse o estopim da Guerra do Paraguai. (PENA, 2005, p. 292).⁸²

Para Perdigão, o tema deveria ser discutido em todos os seus aspectos com toda a moderação, para que propostas e medidas legais fossem adotadas pelo parlamento.

3.4.3 Negando a Lei de 1871.

É possível que os mesmos motivos que fizeram Perdigão apaziguar os ânimos em 1863 motivaram-no a negar a reforma em 1871; adepto como era das medidas moderadas, ele não poderia fazer outra coisa senão seguir sua própria consciência e decidir pela “Razão de Estado”; há, no entanto, outras nuances a serem observadas, uma de cunho político e outra pessoal.

Perdigão fora eleito, em 1869, para o mandato de deputado por uma votação expressiva de municípios ligados à economia escravista. Foi apresentado, e ajudado, por políticos conservadores de interesses não abolicionistas como um crítico moderado da escravidão, não um emancipacionista ferrenho. Isso o obrigou, de certa maneira, ao que podemos chamar de “uma gratidão política”, ou seja, adotar posições congruentes com aquelas de quem o ajudara, notadamente a bancada mineira (estado em que nasceu e por onde foi eleito), que, não por coincidência, foi a que votou massivamente contra a reforma de 1871.

A outra questão, de natureza pessoal, confirmada pelo próprio juriconsulto, revela um homem um tanto fraco de espírito e incoerente: Perdigão saiu desgostoso com sua experiência como parlamentar entre 1869 e 1872, e logo após o término do mandato redigiu um manifesto em tom de desencanto com a política, no qual revelava não desejar mais participar de nenhuma eleição e justificava seu voto contrário em 1871. É fácil entender o desgosto, sempre um abolicionista, ele

⁸² “Entre 1740 e 1974, o planeta teve 13 bilhões de habitantes e assistiu a 366 guerras de grande dimensão, ao custo de 85 milhões de mortos. O resultado dessas guerras parece ter sido um prêmio à agressão, pois em dois terços delas o agressor saiu-se vencedor e, quanto à duração, 67% terminaram em prazo inferior a quatro anos. A Guerra do Paraguai faz parte, portanto, da minoria, pois o agressor, o lado paraguaio, foi derrotado, e a luta se estendeu por cinco anos. Foi o conflito externo de maior repercussão para os países envolvidos, quer quanto à mobilização e perda de homens, quer quanto aos aspectos políticos e financeiros. O enfrentamento entre a Tríplice Aliança e o Paraguai tornou-se verdadeiro divisor na história da sociedade desses países”. A guerra perdurou de dezembro de 1864 a março de 1870. (DORATIOTO, 2002, p. 17).

surpreendeu a todos quando foi veementemente contra a reforma, escolheu o local errado para mudar de opinião: justamente o mundo da política, o mais mesquinho e menos piedoso de todos; seus adversários, inclusive Rio Branco, não demoraram a taxá-lo de incoerente e mesmo monomaniaco, acusando-o de não possuir mais as suas faculdades mentais, ou pelo menos não possuí-las à maneira trivial. Para livrar-se de tal imagem foi que produziu o manifesto e, entre outras justificativas, disse que votou contra a reforma por sentir-se “arredado” das discussões acerca do projeto, ficando de fora das duas comissões que analisaram a lei, primeiro a de 1870 (que produziu um projeto próprio) e depois a derradeira, de 1871 (que analisou o projeto proposto pelo gabinete Rio Branco).⁸³

Além disso, ou antes, por causa disso, passou a arrolar no manifesto as suas contribuições para a causa da abolição, como a liberdade do nascimento, aí foi que ele se entregou: não aceitava a lei por que recusava as “disposições negras” (o fato de o liberto só conseguir sua liberdade após os 21 anos, até essa idade teria de trabalhar para o senhor, assim a lei foi aprovada), era a favor da liberdade imediata, concedida logo após o nascimento; o problema estava nos seus projetos de 1870, apresentados ao parlamento, e em sua obra máxima, já mencionada neste trabalho, *A Escravidão no Brasil*, onde aceitava, e até propunha, as tais disposições negras.⁸⁴

Na ânsia de livrar-se das acusações de incoerência e loucura, Perdigão acabou revelando o que mais lhe doía ao coração: o orgulho ferido ao ser preterido nas análises e discussões preliminares à lei do Ventre Livre; em sua cabeça era o jurisconsulto mais autorizado no assunto ainda vivo no país. Um homem que se julga em tal condição não pode deixar de carregar consigo um pouco de soberba. É bem provável que a principal causa de toda essa contradição seja mesmo o orgulho não satisfeito: todos sabem que carregamos as contradições junto aos sentimentos mais substanciosos que, quando conclamados, afloram violentamente trazendo

⁸³ O Manifesto intitulava-se *À província de Minas-Geraes e aos meus concidadãos* e, para Pena (2005, p. 295-301), “foi um hábil exercício de retórica política de Perdigão”; como primeiro motivo à recusa, indicou a arbitrariedade do Gabinete de Rio Branco ao não considerar a proposta da comissão de 1870; ainda acusou o Ministro de fomentar rivalidades regionais, preterindo totalmente os interesses da província de Minas Gerais; além das razões pessoais já mencionadas.

⁸⁴ “A regra deve ser, na minha opinião, a que seguirão quase uniformemente os Estados do Norte da União Americana quando decretaram a extinção da escravatura respectiva: ficarem em companhia das mães, a cargo dos senhores destas para criá-los e educá-los, tendo esses senhores, em compensação, direito aos seus serviços gratuitos por um certo lapso de tempo, v. g. até a maioridade (21anos), que por nossa lei habilita para todos os atos da vida civil e para a emancipação dos menores; jamais além deste prazo”. (MALHEIRO, 1976, v.2 p. 157-158). Não é difícil imaginar porque Rio Branco usava as páginas da própria obra de Perdigão para contradizê-lo.

consigo seu estigma, nos deixando particularmente vulneráveis aos que sempre estão prontos a nos atacar; o caso de Perdigão não foi diferente, a situação envolvia suas paixões e seus sonhos mais profundos, e as paixões de um homem são o que ele tem de mais caro e arraigado em si, ao mesmo tempo que as persegue com a volúpia de um menino, tem medo de revelá-las, pois ao surgirem, vêm acompanhadas das suas maiores fraquezas. Ora, a paixão de Perdigão Malheiro era o abolicionismo gradual, achava que através dele poderia determinar as vias que o Império deveria traçar para alcançar a tão almejada liberdade dos escravos sem perigo algum. Acabou-se de estudar direito para entender todo o universo jurídico, realmente muito confuso, que envolvia o tema, para transformar-se no homem a “salvar o Brasil” da horrível “questão servil”; uma tarefa para poucos e ele era o “eleito”; pode-se imaginar o turbilhão de pensamentos que lhe afligiu a mente quando, estando no lugar onde as decisões eram tomadas, ninguém lembrou-se dele; e, claro, uma de suas fraquezas era o desejo pela glória.

Ainda quanto à discussão da reforma de 1871, Perdigão atacou as “formas diretas” de emancipação dos filhos e da “alforria forçada” com o argumento de que afetariam a segurança das famílias dos senhores e do Estado. Propôs a criação de um fundo para a indenização dos proprietários que, entre outras formas de captação de recursos, uma era advinda da taxa de 2% sobre a exportação de todos os produtos agrícolas do Império. Rio Branco e seu gabinete, como era de se esperar, consideraram a proposta no mínimo incoerente: além de sobretaxar os produtores, maiores proprietários de escravos, deixando-os em uma situação crítica, eles próprios financiariam a emancipação; ou seja, pagariam a eles mesmos por seus próprios escravos.

Perdigão insistia em recusar o projeto, ao nosso ver, por pura vaidade. Como homem inteligente que era não poderia deixar de perceber o furo em sua proposta, considerando o ato de indenizar como uma simbólica entrega de dinheiro ao proprietário por seus escravos, não interessando que os recursos saíam do mesmo bolso a que estavam destinados. Para ele, a ilegitimidade da escravidão estava “apenas” no plano divino e natural, a lei positiva, por outro lado, a legitimava e legalizava perante os atos dos mortais. Andou encrespando com Rio Branco quando este disse em discurso ao parlamento, que escravo não era propriedade,⁸⁵ e

⁸⁵ A resposta de Perdigão, também dirigindo-se ao Parlamento: “Disse-se que o escravo não é propriedade, e o nobre presidente do conselho pareceu apoiar este enunciado, lendo aqui um trecho

com um dos fundadores do IAB, Visconde de Jequitinhonha, que citou-o em artigo ao *Jornal do Commercio*, colocando Perdigão no rol dos emancipacionistas defensores da abolição sem indenização. A resposta foi taxativa, segundo o jurisconsulto “em nenhum momento havia mencionado a tal idéia e que, pelo contrário, a “equidade” exigia que todo aquele que adquiriu escravos, “pela tolerância da lei positiva”, fosse indenizado”. (PENA, 2005, p. 308).

Houve, na lei de 1871, um dispositivo que Perdigão sempre relutou em aceitar: a alforria forçada, que, independentemente da vontade do senhor, concedia a libertação ao escravo mediante indenização do valor de seus serviços. Para Pena, o jurisconsulto, nesse aspecto, apresentou uma conduta condizente com o que defendia anteriormente ao projeto de 1871:

A recusa desse “direito absoluto de resgate”, na expressão do próprio Perdigão, já estava presente em determinados trechos de seu *Ensaio*, revelando, portanto, que nesse item da lei, houve novamente mais “coerência” do que “incoerência” entre seu pensamento jurídico e sua atuação política como deputado em 1871. (PENA, 2005, p. 312).⁸⁶

de um discurso que eu proferi no Instituto dos Advogados, como seu presidente, em 1863. Ora, aquele discurso foi exatamente o prólogo do livro que publiquei depois, e aí em síntese muito concreta tratei de certas questões. Eu não disse que o escravo não era propriedade; ao contrário, seria uma heresia jurídica (*Apoiados*). Eu discuti duas questões, e mais desenvolvidamente neste livro. A primeira foi sobre a ilegitimidade da escravidão, ilegitimidade em face do direito filosófico, da ciência, em relação a princípios abstratos e absolutos. Mas devia ver que eu tratei de classificar a natureza da propriedade servil. [...] Como ia dizendo, na segunda parte desse discurso eu mostrei que escravo era propriedade, mas propriedade por direito civil; e portanto a escravidão, embora ilegítima, é legal, se a lei a mantém.” (PENA, 2005, p. 309-310).

⁸⁶ Segundo Joseli Nunes Mendonça (2007, p. 60-63), a lei de 1871 definia algumas vezes de forma precisa, outras nem tanto assim, como as libertações por apresentação de pecúlio deveriam ser conduzidas. Se o escravo possuísse uma quantia “razoável”, poderia oferecê-la ao senhor como resgate pela sua liberdade. Se a oferta fosse aceita, a transação era concretizada sem mais delongas. O problema era a recusa da quantia por parte do senhor, na maioria das vezes afirmando o escavo valer mais do que oferecia em troca da liberdade. Para esses casos a lei previa um processo de arbitramento: “Durante todo o andamento do processo, o escravo deveria ser retirado da companhia do senhor e colocado em depósito [visava proteger o escravo de represálias senhoriais]. Esse depósito geralmente era realizado pela entrega do escravo à responsabilidade de uma pessoa livre, de idoneidade reconhecida pelo juiz”. No “chamado processo de arbitramento [...] o juiz nomeava um curador que deveria representar o escravo em juízo. Esse curador, muitas vezes, podia ser a própria pessoa que representou o escravo na iniciação do processo. O próximo passo era dado pela nomeação de três árbitros que fariam a avaliação judicial para fixar o preço do escravo. A escolha dos árbitros seguia o seguinte critério: cada uma das partes indicava uma lista de três nomes; o representante do senhor ou ele próprio escolhia um nome entre os indicados pelo curador do escravo; este, por sua vez, escolhia um entre os indicados pelo senhor. Estavam, assim, designados dois árbitros. O terceiro era indicado pelo juiz e não poderia ser recusado por nenhuma das partes, a menos que se provasse sua suspeição. Concluída a fase da nomeação, seguia-se a determinação do preço, feita a partir do exame do escravo, observando-se sua idade, sua profissão e seu aspecto físico. Depois do exame, os árbitros manifestavam-se quanto ao preço da seguinte forma: o primeiro apresentava o valor que julgava corresponder ao escravo e o mesmo fazia o segundo; se o valor apresentado por ambos não fosse coincidente – o que geralmente ocorria, visto que cada um dos árbitros fora indicado por partes que se opunham na disputa – cabia ao terceiro somente optar por um dos dois já apresentados”.

Essa opinião contrária ao direito absoluto de resgate, estampada na *Escravidão*, revela um distanciamento, a partir de 1867, da posição de Perdigão com a oficial do governo imperial (nada mais normal: em 1866 deixou o posto de presidente do IAB, afrouxando os vínculos com a instituição e com o governo, podendo, como deputado, assumir posturas mais condizentes com seu pensamento). Nessa data foi aprovada pelo Conselho de Estado uma proposta que via a alforria forçada como um meio de manter a segurança social do Império, que o reconhecimento legal do direito costumeiro [do escravo libertar-se mediante indenização] “[...] evitaria o surgimento de qualquer interesse do escravo em tentar contra o senhor, em fomentar insurreições.” (PENA, 2005, p. 316). Perdigão, nos projetos apresentados em 1870 à câmara, embora reconhecesse o direito de propriedade do escravo sobre o seu pecúlio, não lhes garantia o direito ao resgate; nesse sentido, manteve sua coerência, posicionando-se contrariamente à alforria forçada, justificando seu posicionamento com a mesma segurança social reivindicada pela proposta contrária do conselho de estado, fazendo questão de acentuar que o conjunto todo de suas medidas alcançaria um resultado muito satisfatório sem retirar da propriedade de ninguém, contra a sua vontade, um só escravo, mantendo assim, por consequência, a ordem social. Na apresentação da proposta em 1871, Perdigão declarou de pronto o seu voto contrário no *Jornal do Commercio*:

[...] com grande pesar meu terei de negar-lhe o meu voto, embora fique em unidade. Prefiro isto a concorrer de qualquer forma para grandes desgraças, senão catástrofes, mais terríveis do que as que têm caído sobre a malfadada França, que prevejo terão de desabar sobre a minha bela pátria”. Nas palavras de Eduardo Spiller Pena: “Assim como o exemplo da guerra civil nos Estados Unidos foi Utilizado como um alerta para que, em 1863, se implementasse uma cautelosa reforma da escravidão, em 1871, uma nova guerra, a franco-prussiana, foi o exemplo veiculado por Perdigão para justificar sua negação a medidas reformistas consideradas muito “adiantadas.” (PENA, 2005, p. 316).⁸⁷

Caso o preço definido fosse equivalente ao oferecido pelo escravo, não havia mais obstáculos para a conclusão do processo; caso fosse superior, duas possibilidades: ou o escravo completava o valor e libertava-se; ou, em caso de constatada inviabilidade de alforria, o juiz deveria remeter os autos ao tribunal de 2º instância, obedecendo à lei de 1871, para a qual todas as sentenças contrárias à liberdade eram passíveis de apelação.

⁸⁷ A Guerra Franco-Prussiana ocorreu entre 1870-1871. (<http://africanomundo.blogs.sapo.pt/4868.html>).

Quando enfrentou o projeto Rio Branco como deputado, não vacilou em atacar o seu artigo primeiro⁸⁸, justamente aquele que versava sobre as medidas do nascimento livre: reconhecia que a idéia do nascimento livre era grandiosa e justa, no entanto encontrava muita resistência por parte dos proprietários; acrescentou que o fato de os ingênuos servirem seus senhores por 21 anos dividiria internamente as famílias escravas, e externamente estas com a de seus proprietários.⁸⁹

[...] por detrás da denúncia moral de que a lei manteria os filhos em “quase-escavidão”, encontrava-se, na verdade, na argumentação do jurisconsulto, contrária à implantação do artigo primeiro da lei, uma grande obsessão com a segurança e um grande temor a qualquer tipo de revolta ou indisciplina nas propriedades agrícolas. (PENA, 2005, p. 333).

Nas próprias declarações de Perdigão à Câmara podemos colher sua tendência conservadora, tanto política quanto abolicionista, dizia ele pelos idos de 1869, que não era um abolicionista em todo êxtase, era abolicionista, “mas moderado (*Apoiados*), nem posso deixar de ser considerado assim, sendo, como sou, conservador de coração e de cabeça.” (PENA, 2005, p. 324).

Recorrentemente socorreu-se no direito romano para justificar as posições que assumia. Não foi diferente na ocasião da apresentação do projeto Rio Branco ao parlamento, no entanto, apesar de incoerente quanto suas posições em relação à forma como se deveria proceder a abolição e aos dispositivos legais que, à sua maneira, adotava ou deixava de adotar, sempre esteve presente em seu raciocínio a “Razão de Estado”, princípio ao qual manteve-se fiel até o fim:

⁸⁸ Art. 1º: Os filhos da mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§1º: Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de trinta anos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de trinta dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor. (Disponível em <http://www.icmc.usp.br/ambiente/saocarlos/?historia/o-processo-de-abolicao-e-a-vinda-dos-imigrantes-europeus/lei-do-ventre-livre>).

⁸⁹ “[...] um dos argumentos apresentados na Câmara e no Senado, em oposição à proposta de libertação das crianças nascidas de mães escravas, baseava-se na alegação de que tal medida seria prejudicial aos próprios escravos. Por definir uma diferença de condição, dizia-se, tal medida introduziria a ‘inveja’ e a inimizade entre mães, pais e filhos. Portanto, em vez de inculcar nos escravos o sentimento ‘de família’ – tão necessário para a vida na liberdade futura e bastante remota que se lhes prognosticava – a libertação dos nascituros traria o desentendimento e a discórdia ao seio das famílias escravas”. (MENDONÇA, 2007, p. 29).

[...] ainda hoje vai-se beber no direito romano os melhores princípios, porque ali está a verdadeira ciência, a sã filosofia, o bom senso prático. Pois bem; nas relações do senhor com o escravo, haviam eles reconhecido duas fontes de direito para o senhor, o *dominium* e a *potestas*. Em relação ao domínio, o escravo é coisa, é propriedade, e como tal tratado, salvo certas modificações originadas de sua especialidade. Mas o escravo é também homem; daí vem o direito, o poder sobre o escravo (*potestas*), como o poder do marido sobre a mulher, o poder do pai sobre o filho. É esse poder (*potestas*), garantido na lei, que constitui a força moral do senhor sobre o escravo, como constitui a força moral do marido sobre a mulher, do pai sobre o filho. Tirai ao pai este direito sobre o filho, tirai ao marido este direito sobre a mulher, proclamai a emancipação da mulher e dos filhos, onde irão parar as relações de família, a ordem social e todas as suas conseqüências? Assim também, quanto ao escravo, tirai ao senhor violenta e bruscamente esse poder como faz o projeto, e eu vos pergunto – qual será a força moral do senhor sobre o escravo? A que se reduzirão as relações entre um e outro? Onde o respeito, a obediência, a sujeição, elementos morais que mais eficazmente mantêm essas relações? Esse rompimento brusco e violento produzirá estilhaços, que não sei onde irão parar. [...] Os princípios filosóficos-morais a favor da liberdade, tão caros ao juriconsulto, conviveram lado a lado, com os princípios políticos-morais em defesa da propriedade, que, naquele momento político de divergências com o governo, era ainda marcada pela escravidão. (PENA, 2005, p. 336-337).

O controverso direito romano foi usado pelos abolicionistas em favor da abolição e pelos escravocratas em defesa ao direito de propriedade. Não é muito lembrar aqui que Perdigão, na polêmica discussão com o romanista Teixeira de Freitas nas galerias do IAB, usou o direito antigo para defender a libertação do ventre. A exegese das leis antigas, para Perdigão, ocorria a seu bel prazer, de acordo com o contexto ou com as circunstâncias que determinavam a emergência de sua interpretação jurídica.

4 CONCLUSÃO.

Através de uma reconstituição histórica no primeiro capítulo, ainda que superficial, do direito e da propriedade, partindo da idade média até os tempos modernos, quando conseguimos identificar o caráter absoluto que se impregnou ao conceito de propriedade, lançamos as bases para uma análise mais precisa dos atos dos nossos juristas abolicionistas.

Devemos considerar o ambiente em que estavam inseridas nossas personagens: do direito pluralista medieval, calcado na memória e nas necessidades mais prementes dos homens, ávido por soluções práticas e úteis, incontestavelmente atado à realidade, produzindo um conceito de propriedade que, para muitos autores, nem poderia ser chamada assim, pois apresentava-se como um domínio útil. Reflexo do direito e produto de uma era, a propriedade medieval atestava uma correlação intensa com a realidade e a utilidade, era um direito essencialmente possessório, o poder de reclamar para si a coisa aumentava conforme crescia o grau de efetividade/utilidade que se dava ao bem possuído; Conforme os “elementos do moderno” vão invadindo o universo jurídico medieval, principalmente pelo renascimento das fontes clássicas originais - particularmente o *Digesto* – o direito vai ganhando ares cada vez mais distantes, um processo de abstração entra em cena, a relação com a realidade não é mais importante, afirmar a superioridade da lei, sim! A propriedade em um contexto desses não poderia trilhar caminhos diferentes, abstrai-se a fonte legislativa e eleva-se o sujeito ao campo do etéreo, conseqüentemente, a propriedade também freqüenta os terrenos do incontestável.

A Constituição imperial de 1824 admite esse direito absoluto, apesar de ser assunto controverso – nem no Código napoleônico de 1804 o direito de propriedade absoluto é aceito em sua plenitude (GROSSI, 2006, p. 48-49), fato é que a prática de um direito incontestável sobre a propriedade escrava já era praticado no Brasil havia tempos, a Constituição veio apenas afirmar essa rotina, visto que a revolução da independência foi tocada pela elite Brasileira: os proprietários de escravos.

A maioria dos homens inseridos em uma época não consegue enxergar além de suas fronteiras, esse não é um caso diferente, os três juristas analisados apenas refletiam os preconceitos, usos, costumes, enfim, a mentalidade

do tempo em que caminharam sobre esse mundo. O IAB apresentava uma ligação estreita com o governo e as diretrizes imperiais, fato concretizado pela lotação de seus membros em alguns dos cargos mais importantes da administração imperial. Em certas situações funcionavam como porta-vozes das vontades imperiais, consideravam a escravidão uma vergonha para o país, no entanto, não vislumbravam uma saída imediata sem colocar a economia da nação em risco e, ao mesmo tempo, sem violar o direito de propriedade dos senhores.⁹⁰

As pessoas que foram o objeto de estudo deste trabalho apoiavam a causa da abolição, e até consideravam-se legítimos abolicionistas, mas não conseguiam libertar-se das amarras da lei. Em uma situação dessas, não raro os jurisconsultos colocavam-se em posições ambíguas, contradizendo o que defenderam anos, meses, ou até dias antes. Se a maioria das pessoas não mantém uma coerência em toda a sua vida, mesmo com as coisas dentro da maior das normalidades, imagine a dificuldade em manter-se fiel às suas crenças em um período conturbado como foi o século XIX no Brasil:

Difícilmente, se poderá encontrar nos indivíduos uma coerência perfeita que os tenha conservado, durante toda a vida, numa posição inequivocadamente escravista ou abolicionista. [...] A maioria dos homens revelou-se contraditória nas suas convicções e na sua conduta.(COSTA, 1966, p.382).

Teixeira de Freitas se contradisse, Caetano Soares também, Perdigão Malheiro nem se fala: encarnou o modelo do homem público típico do século XIX, como jurisconsulto e deputado assumiu posições diametralmente opostas durante sua vida, situação agravada pelo quadro caótico e confuso das leis imperiais. Eduardo Spiller Pena (2005, p. 364), observa que era “praticamente impossível fazer qualquer generalização interpretativa”, e mais, os dispositivos legais, segundo ele, “foram escolhidos e manipulados pelos jurisconsultos de acordo com seus objetivos jurídicos-políticos previamente traçados.” É verdade, mas temos de considerar que os jurisconsultos do IAB realmente acreditavam que estavam em uma missão emancipacionista, colocavam-se como os defensores do progresso da nação e, dentro desse projeto progressista, a cereja do bolo era uma abolição programada,

⁹⁰ Difícilmente, se poderá encontrar nos indivíduos uma coerência perfeita que os tenha conservado, durante toda a vida, numa posição inequivocadamente escravista ou abolicionista. [...] A maioria dos homens revelou-se contraditória nas suas convicções e na sua conduta.(COSTA, 1966, p.382).

sem percalços, que obedecesse a uma ordem superior: a “Razão de Estado”. Se a intenção era “preservar” a nação seguindo o itinerário traçado pelo governo, como contradizer o representante máximo desse governo, o Imperador, na ocasião da fala ao trono de 1867 proferida perante o parlamento? Dizia o monarca:

O elemento servil do Império não pode deixar de merecer oportunamente a vossa consideração [...] de modo que, respeitada a propriedade atual e sem abalo profundo em nossa primeira indústria – a agricultura – sejam atendidos os altos interesses que se ligam à emancipação. (PRADO, 2001, p. 174).

A visão era a de um Brasil ainda sem capacidade de tocar sua vida sem escravos, os fazendeiros teriam de ser devidamente indenizados sob pena de uma falência total da lavoura. Os objetivos eram: tocar um projeto de abolição protegendo o desenvolvimento, a segurança e a tranqüilidade como um todo no país. O que podemos chamar “Razão de Estado”; Para nossos juristas, cultivando essas metas superiores, estavam visando um bem maior: o da nação, nem que para isso, por enquanto, a escravidão fosse um mal necessário.⁹¹

⁹¹ [...] o “estado mental” do positivismo oitocentista e as qualidades essenciais do *ser advogado*, veiculadas nos critérios de formação e disciplina dos sócios do IAB, conduziram-nos à missão redentora de eliminar ou suavizar “cancro” da escravidão, purificando pela palavra sagrada e vital da lei os traços e os fundamentos sociais da nação imperial. Como “soldados” exemplares da emancipação, os voluntários-juristas, em sua arena jurídica, tinham o dever providencial de guiar a nação rumo à civilização e ao progresso, evitando, contudo, nessa transformação, qualquer desrespeito aos direitos dos cidadãos-proprietários e, conseqüentemente, qualquer perigo ou desordem ao Estado imperial. (PENA, 2005, p. 361).

5. REFERÊNCIAS.

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BARATA, Alexandre Mansur. Constitucionalismo e Sociabilidade na Cidade do Rio de Janeiro (1822-1823): a Nobre Ordem dos Cavaleiros de Santa Cruz e o Projeto de Constituição para o Império do Brasil. In: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Nação e Cidadania no Império: Novos Horizontes.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. P. 351-375.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. **Filosofia Jurídica e História do Direito.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal.** 2ª edição. Lisboa: Edições 70, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e Construção do Estado: O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e os Limites das Abordagens Centradas no Mercado.** 24 p. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade de São Carlos, São Carlos 1998. Disponível em < http://www.uoregon.edu/~caguirre/bonelli_1.pdf >. Acesso em 06/08/2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil.** Lisboa: Univ. Portucalense Infante D. Henrique, 1990.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à Colônia.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966.

DORATIOTO, Francisco Fernando Monteoliva. **Maldita Guerra: Nova História da Guerra do Paraguai.** 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

FAGUNDES, Laura (pesquisa e texto básico), VENÂNCIO FILHO, Alberto (orientação), MAIA, José Motta (supervisão). **Instituto dos Advogados Brasileiros: 150 Anos de História (1843 – 1993),** Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil: Ensaio de Interpretação Sociológica.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaio.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** 2ª ed. Florianópolis, 2007.

LÉVI, Jean-Philippe. **História da Propriedade**. Lisboa: Estampa, 1973. (Tradução Fernando Guerreiro).

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A Escravidão no Brasil**: Ensaio Histórico, Jurídico, Social. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1976. V. 2.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: O Jurisconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979.

MENDONÇA, Joseli Nunes. **Cenas da Abolição**: Escravos e Senhores no Parlamento e na Justiça. 1ª reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NEVES, Lúcia Maria Bastos P.. Liberalismo Político no Brasil: Idéias, Representações e Práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal (org.); PRADO, Maria Emília (org.). **O Liberalismo no Brasil Imperial**: Origens, Conceitos e Prática. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 73-101.

PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da Casa Imperial**: Jurisconsultos, Escravidão e a Lei de 1871. 1ª reimpressão. Campinas: Unicamp, 2005.

PRADO, Maria Emília. Ordem Liberal, Escravidão e Patriarcalismo: As Ambigüidades do Império do Brasil. In: GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal (org.); PRADO, Maria Emília (org.). **O Liberalismo no Brasil Imperial**: Origens, Conceitos e Prática. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 163-189.

PRADO JR., Caio. **Evolução Política do Brasil**: Colônia e Império. 16ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1988.

RIBEIRO, Emmanuel Pedro. **Os Direitos Humanos no Brasil Império na Perspectiva da História Social**. 14 p. 20__. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/imperio/ribeiro_dh_br_imperio.pdf >. Acesso em 28/08/2008.

SAES, Décio. **A Formação do Estado Burguês Brasileiro (1888-1891)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros**: memória histórica da sua fundação e da sua vida. Um Século de Gloriosa Existência, Cem Anos Pelo Direito, Pela Liberdade e Pela Justiça, 7 de Agosto de 1843 - 7 de Agosto de 1943. Os seus 25 Presidentes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1944.

TOLSTOI, Leon. **GUERRA e PAZ**. São Paulo: Ediouro, 2002. V. 3.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um Estudo de História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIANNA, Manoel Álvaro de Souza Sá. **Augusto Teixeira de Freitas: Traços Biographicos**. Rio de Janeiro: Typ. Hildebrandt, 1905.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.