

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 160  
outubro/dezembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# O sistema jurídico no Brasil Império: alguns problemas teóricos

Pedro Braga

## Sumário

1. Introdução. 2. Alguns problemas teóricos. 3. Conclusão

### 1. Introdução

Discutimos no presente artigo a legislação vigente no Brasil Império, principalmente a penal. Na parte final, enfocamos um problema teórico que nos pareceu relevante: como conciliar uma legislação de cunho liberal em uma sociedade escravagista, patrimonialista e atrasada? Como se deu a operacionalidade, do ponto de vista da dogmática jurídica, das leis penais do Brasil Império, no contexto social e econômico da época? Num contexto dito liberal, a existência mesma de normas aplicáveis consoante a classe social do destinatário, normas flagrantemente destoando das normas constitucionais vigentes, colocava, a nosso ver, problemas teóricos referentes a antinomias, inclusive em nível constitucional, bem como problemas relacionados a sua validade e à eficácia delas decorrente.

Ao analisar o ordenamento jurídico do Brasil Império, deparamo-nos com um caso *sui generis* da perda de eficácia de norma hierarquicamente superior que cede a primazia para norma hierarquicamente inferior. Refiro-me à Carta de 1824 e ao Código Criminal e a leis extravagantes. Propomos três linhas de investigação, ou três hipóteses: 1) A existência de dois ordenamentos jurídicos (excluído o canônico), um princi-

Pedro Braga é Sociólogo e Servidor do Senado Federal.

pal e outro em relação de subordinação; 2) A existência de falsas antinomias (não havendo portanto coincidência sobre os diferentes âmbitos de validade); e 3) Havia antinomias, mas solucionadas pelo Judiciário que, contrário a toda lógica jurídica, afastava a norma constitucional para aplicar uma hierarquicamente inferior.

Analisamos também, embora não exaustivamente, a posição doutrinária em face dessa dubiedade do ordenamento jurídico.

Da sociedade para a lei, e desta para o problema. Eis a nossa *démarche*.

## 2. Alguns problemas teóricos

A sociedade da época imperial possuía, é escusado dizer-se, um baixo nível de consciência jurídica, e a natureza liberal das leis era pouco mais ou menos como as idéias fora de lugar em uma sociedade patrimonialista e escravocrata. Isso constituía um flagrante descompasso. As leis eram liberais, mas poderia o escravo clamar por seus direitos (a bem da verdade direitos naturais constitucionalizados), evocar os princípios da igualdade assegurados pela Carta Magna? De Legalidade? Seguramente as leis liberais não eram feitas para os escravos, mas tão-somente para os senhores, os homens livres. A legislação civil do Brasil Império quase não menciona o elemento servil, não lhe reservando nenhum estatuto jurídico. Ele, todavia, tem um lugar de “destaque” na legislação penal. A sociedade, sem embargo, não era constituída somente por homens livres. Os índios eram considerados “órfãos”, e os africanos, sem personalidade jurídica, considerados coisas, objetos, patrimônio, embora o Código Criminal do Império lhes reservasse, como já vimos, alguma proteção: a de apanhar com moderação.

O liberalismo como doutrina apresenta uma tríplice dimensão. A primeira, “ético-filosófica”, defende a liberdade individual, o individualismo, a dignidade, a crença na vida, a tolerância. A segunda, de natureza econômica, reivindica a economia de mer-

cado, a livre iniciativa, respeito à propriedade privada, intervenção mínima do poder estatal na sociedade. E, enfim, a terceira dimensão, a “político-jurídica”, baseia-se na divisão dos poderes, na representação política, na soberania popular, no direito e garantias individuais, no Estado de Direito (MACRIDIS apud WOLKMER, 1998, p. 74).

Francisco WEFFORT (1980, p. 108-112) assinala a ambigüidade do liberalismo brasileiro quando se refere a “formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico”.

Para Viotti da COSTA (1985, p. 33) esse liberalismo era apenas uma trincheira que as elites brasileiras usaram para romper com os vínculos coloniais. Essas elites não tinham interesse em levá-lo às últimas conseqüências, reformando a estrutura de produção e conseqüentemente a sociedade.

Roberto SCHWARZ (1993, p. 153-159) refere-se a “idéias fora do lugar” em seu ensaio homônimo, para caracterizar a discrepância entre as concepções liberais importadas da Europa e a realidade socioeconômica do Brasil imperial, quando o liberalismo tinha, paradoxalmente, que conviver com a escravidão.

O Estado brasileiro organizou-se, então, em bases liberais sobre uma sociedade de estrutura patrimonialista e escravocrata. A liberdade e outros direitos incorporados pela Carta de 1824 eram, no dizer de Sérgio ADORNO (apud WOLKMER, 1998, p. 85), “passíveis de serem suspensos; e a igualdade suscitada era freqüentemente remetida à existência de desigualdades naturais entre os indivíduos”.

Machado de ASSIS (apud BOSI, 2001, p. 222), na crônica *História de quinze dias*, publicada em 15 de agosto de 1876, escreve: “As instituições existem, mas por e para 30 por cento dos cidadãos. Proponho uma reforma no estilo político. Não se deve dizer: ‘consultar a nação, representantes da nação, os poderes da nação’; mas ‘consultar os 30 por cento, representantes dos 30 por cento, poderes dos 30 por cento’. A opinião

pública é uma metáfora sem base; há só a opinião dos 30 por cento”.

Como se dava a decidibilidade num quadro de flagrantes contradições? Trabalharemos primeiramente com a solução que Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1994) chamou, por analogia com a cibernética, de “regra de calibração”, em sua obra *Introdução ao estudo do direito*. Em seguida, analisaremos a coexistência de normas jurídicas antagônicas: normas liberais para os homens livres, e outras feitas para o elemento servil. A questão é saber como se dava essa coexistência, e como os operadores do direito resolviam problemas relacionados com antinomias, validade e eficácia da norma jurídica, por exemplo, e com os princípios gerais do direito e princípios axiológicos então aceitos pelo mundo jurídico, no conjunto do sistema liberal.

As regras de calibração regulam ou ajustam um sistema, com função de retroalimentação (*feedback*) para usar-se uma expressão daquela ciência. É como o termostato que liga e desliga um aparelho, a fim de manter a temperatura em determinado patamar. O valor nominal desejado é o *valor de dever-ser*, e o valor real, acima ou abaixo do desejado e programado, é o *valor de ser*. Esses valores constituem as regras de regulagem ou calibração, regras estruturais do sistema. Para FERRAZ JÚNIOR (1994), os ordenamentos jurídicos “são constituídos primariamente por normas (repertórios do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu *padrão* de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em

conseqüência, de nova série hierárquica”. Essa foi a saída para os juízes do Tribunal de Nuremberg. Como não havia lei contra genocídio, mas tampouco os criminosos nazistas não devendo ficar impunes, os juízes mudaram o padrão de funcionamento do ordenamento penal internacional, fundado no princípio da legalidade (*nullum crimen...*), para o padrão de legitimidade, fundado no princípio fundamental de respeito à vida e convivência da comunidade internacional. Isso teve igualmente o intuito de impedir uma represália do gênero autotutela relativamente aos nazistas.

As regras de calibração dizem respeito igualmente às lacunas da lei e à forma de integração do direito. Ao surgir um fato relevante para o mundo jurídico, e para o qual não existe uma norma apropriada, intervém a norma de regulagem “segundo a qual é defeso ao juiz deixar de julgar sob o argumento de falta ou obscuridade da lei”.

As regras de calibração são dinâmicas. Não só elas “estatuem relações dinâmicas de imperatividade, mas também surgem e desaparecem na História”. As fontes dessas regras são a jurisprudência dos tribunais (“regras jurisprudenciais: a prova cabe a quem alega”), a doutrina (“regras doutrinárias: normas jurídicas constituem uma ordem escalonada”), a política (“regras políticas: o princípio da maioria”), a moral (“regras morais: o princípio da boa-fé”), a religião (“regras religiosas: o princípio cristão da dignidade da pessoa humana”) etc. Em razão delas, o sistema, ao mudar de padrão, não se desintrega. Como vimos, uma vez usadas, elas tendem a desaparecer ou perder força. FERRAZ JÚNIOR (1994) dá como exemplo, no plano da hermenêutica, a regra *In claris cessat interpretatio*. Uma dessas regras de regulagem do sistema é a da desconsideração da pessoa jurídica, usada inicialmente em países anglo-saxônicos, para chegar-se à responsabilidade da pessoa física (princípio do *Disregard*). A desconsideração da pessoa jurídica, ao contrário, não perdeu força, posto que positivada em vári-

os ordenamentos jurídicos – regra essa de regulamentação inicialmente fundada na vedação do enriquecimento sem causa.

É extensa e complexa a demonstração de Ferraz Júnior. Ficaremos adstritos ao que interessa diretamente à finalidade deste artigo, ou seja, a questão da calibração do ordenamento com vários padrões de funcionamento, ou seja, a mudança possível no padrão de regulamentação considerando o valor de dever-ser e o valor de ser. Os ordenamentos não são totalidades homogêneas embora haja coesão interna no sistema. Sua unidade não é garantida por uma norma; eles possuem séries normativas plurais. Quando as séries hierárquicas de validade não dão conta das demandas, ocorre uma mudança no padrão de funcionamento do sistema, culminando com a criação de uma nova norma-origem. Assim, escreve FERRAZ JÚNIOR (1994, p. 190-196): “A hierarquia legal, portanto, é *uma* das estruturas *possíveis* do sistema dinâmico, que pode, de momento para momento, assumir outros padrões (padrão-efetividade, padrão-legitimidade, padrão dos regimes de exceção etc.)”. E conclui ele: “Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecíveis. Embora dinâmicos, estes conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança)”.

Do ponto de vista das normas constitucionais no Brasil Império, há pelo menos dois exemplos de mudanças de padrão de regulamentação. O primeiro diz respeito ao fato de que a Carta de 1824 não estabelecia a forma parlamentarista de governo, muito embora ela existisse, em certo sentido, na prática — parlamentarismo atípico, convenhamos, mas parlamentarismo assim mesmo — tendo havido, até mesmo, um decreto imperial criando a figura de Presidente do Conselho de Ministros (Decreto nº 523, de 20 de julho de 1847), cabendo a este a faculdade de nomear e demitir os integrantes do

Ministério. Poder-se-ia chamar esse procedimento de mudança do padrão-legalidade para o do padrão-efetividade.

O segundo exemplo refere-se às aposentadorias compulsórias de magistrados. Pela Carta, magistrados só perderiam o lugar por sentença. No entanto, ministros aposentaram compulsoriamente magistrados, em flagrante ilegalidade. O Marquês de Paraná o fez com a aprovação da Câmara. O Visconde de Sinimbu idem, relativamente a vários ministros do Supremo Tribunal de Justiça. Nabuco de Araújo já havia, anos antes, quando Ministro da Justiça, referendado a violação do princípio da vitaliciedade praticada pelo próprio Imperador. O Marquês de Paraná tentou louvar-se nas antigas Ordenações do Reino; Nabuco opera às claras a mudança do padrão-legalidade para o padrão-político. Tentando justificar sua atitude, ele afirma: “A independência do Poder não é o mesmo que a independência dos seus membros; todos os poderes políticos são independentes, mas há poderes políticos cujos membros são amovíveis, assim o Executivo”. E é NOGUEIRA (1999) quem nos informa que a Câmara acolheu o parecer da Comissão que examinou a acusação contra Nabuco, que reconhecia a ilegalidade do ato, mas o justificava politicamente. Era este o parecer: “A Câmara, julgando que o decreto não é autorizado pela Constituição e pelas leis, contudo, à vista das razões expendidas pelo ex-Ministro da Justiça que o referendou, e certa da sinceridade de sua convicção de que bem servia o país, não julga conveniente decretar sua acusação” (ARAÚJO apud NOGUEIRA, 1999, p. 38)<sup>1</sup>.

Do ponto de vista de aplicação de norma infraconstitucional, outro exemplo de mudança de padrão de regulamentação ainda nos é dado por Nabuco de Araújo, operando uma vez mais a substituição do padrão-legalidade pelo padrão-político. Com efeito, Nabuco de Araújo, ministro da Justiça do gabinete de Paraná, concordara com a não eficácia da lei de 7 de novembro de 1831, que declarava livres os africanos desembar-

cados no Brasil após essa data. É Alfredo BOSI (2001, p. 232) que informa: “O ministro Nabuco não só aceitara aquela aberta violação da lei de 1831 como a defendera em termos de *razão de Estado*, aconselhando o presidente da província de São Paulo a lançar mão dela no caso particular de um africano, de nome Bento, trazido clandestinamente ao Brasil após a cessação legal do tráfico”. E continua BOSI: “O escravo tinha fugido e, ao ser apreendido pela polícia, foi liberado pelo juiz de direito que conseguira apurar a data de sua entrada. Nabuco de Araújo, porém, justifica os *direitos do senhor* que o reclamava, alegando ‘o bem dos interesses coletivos da sociedade, cuja defesa incumbe ao governo’, e remata: ‘Não convém que se profira um julgamento contra a lei, mas convém evitar um julgamento em prejuízo desses interesses, um julgamento que causaria alarma e exasperação aos proprietários’.” E BOSI conclui: “Em 1854, o legítimo era, para o ministro Nabuco, o interesse dos fazendeiros; e legal, mas infringível, a lei que protegia a liberdade dos africanos”. Constata-se com esses exemplos a prevalência dos interesses dominantes, mesmo *contra legem*, sob a escusa de *razão de Estado* que mal saberia dissimular o puro arbítrio.

Por outro lado, quando se trata de fazer justiça efetivamente, os magistrados podem recorrer ao procedimento a que Norberto BOBBIO (1999, p. 56, 149) refere-se como “juízos de equidade”: “Chamam-se ‘juízos de equidade’ aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida”. E ainda: “O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores”. E conclui que tal juízo é “sempre excepcional”. O juízo de equidade (também chamado de *Direito judiciário*) seria, em definitivo, uma forma de heterointegração, ao lado do costume e da doutrina. Essa maneira de operar o direito torna-se mais fácil em países onde o sistema seja o da *Common Law*, em que o poder

criativo do juiz é mais amplo, derivando esse poder de outras fontes, além da lei escrita, como o costume ou o precedente jurisprudencial. Operando o direito segundo tal procedimento é que um juiz americano, em 1899, no caso “*Riggs vs Palmer*”, desconsiderou o direito (assegurado por lei) de um legatário que havia assassinado seu testador, louvado no princípio consoante o qual a “ninguém aproveita sua própria torpeza”<sup>2</sup>.

Quanto à questão da existência de vários ordenamentos jurídicos do direito positivo em um mesmo espaço e tempo, Norberto BOBBIO (1997, p. 11-12) assinala que a sociedade medieval possuía um “caráter eminentemente pluralista”, quer isso dizer “que o direito segundo o qual estava regulada originava-se de diferentes *fontes* de produção jurídica, e estava organizado em diversos *ordenamentos jurídicos*”. Relativamente à pluralidade de ordenamentos, “existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos seja acima do *regnum*, isto é, a Igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações”.

No quadro da discussão teórica aqui suscitada, essa questão do ordenamento merece ser problematizada. Sabemos desde Kelsen que a norma fundamental confere unidade a todas as normas, ao ordenamento jurídico como um todo, enfim. Como se colocaria essa questão *vis à vis* do sistema jurídico do Brasil Império? As normas endereçadas exclusivamente aos escravos comporiam um ordenamento autônomo? Se positivo, de onde, de que norma fundamental derivaria esse ordenamento que poderíamos chamar “de exceção”? Ou haveria apenas o ordenamento liberal eivado de antinomias de princípios e regras? De duas uma: ou havia dois ordenamentos jurídicos no Brasil Império (sem se falar no canônico), ou o ordenamento dito liberal fundava-se sobre princípios antinômicos. Em ambos os casos, seria a Carta de 1824 mera vitrine de um pseudoliberalismo. Nunca houve, nem mesmo como forma de protesto político, arguição de inconstitucionalidade rela-

tivamente às “leis de exceção”, na defesa dos interesses do elemento servil. A situação era bem mais complexa, já se vê.

Começemos com a norma fundamental. Para isso, vamos nos valer da exposição realizada por Norberto BOBBIO (1999) em *Teoria do ordenamento jurídico*. Segundo BOBBIO, tal norma “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento”. E mais adiante afirma: “Por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”. Em todo ordenamento, há portanto normas superiores e inferiores, dispostas em ordem hierárquica. Na pirâmide que representa o ordenamento jurídico, constatam-se o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder de negociação.

Assim, o princípio unificador de um ordenamento advém da norma fundamental: “Não só a exigência de *unidade* do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. E como um ordenamento pressupõe a existência de um critério para estabelecer se as partes pertencem ao todo, e um princípio que as unifique, não pode existir um ordenamento sem norma fundamental”. É portanto a norma fundamental que assegura a unidade do sistema.

Outra questão correlata é a da coerência do ordenamento. Com efeito, o ordenamento constitui um sistema, ou seja, é uma unidade sistemática. Um sistema pressupõe uma “totalidade ordenada”, um conjunto cujos elementos obedecem a uma ordem, “num relacionamento de coerência entre si”.

BOBBIO (1999) cita KELSEN, que distingue dois tipos de sistema entre os ordena-

mentos normativos: um a que chama *estático* e outro, *dinâmico*. E explicita: “Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico”. Nesse sistema, as normas relacionam-se entre si do ponto de vista de seu *conteúdo*.

Por outro lado, sistema dinâmico “é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si”. Nesse tipo de ordenamento normativo, o relacionamento entre as normas é não mais material, mas *formal*. Para KELSEN, (apud BOBBIO, 1999) os ordenamentos jurídicos são do tipo dinâmico, enquanto os estáticos são os ordenamentos morais.

Por conseguinte, pelo fato de um ordenamento constituir um sistema, nele não pode haver normas incompatíveis. Se houver, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. As normas se enquadram no sistema quando derivam de uma das fontes autorizadas e quando não possuírem nenhuma incompatibilidade com outras normas. Só assim elas serão válidas. O Direito, portanto, não admite antinomias.

Ora, a Constituição de 1824 proibia sevícias contra os escravos e, seis anos depois, o Código Criminal autorizava. Antinomia? Os particulares continuavam a punir seus escravos segundo o Código, mas ao arpejo da Carta Maior. E a hierarquia das leis?

Lemos ainda em BOBBIO (1999, p. 58 et seq.) que, para que haja antinomias, são necessárias algumas condições: 1) “As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento”. Se as normas pertencem a ordenamentos diferentes, e há antinomia, é porque

os ordenamentos não são independentes entre si; mantêm um relacionamento seja de coordenação, seja de subordinação. 2) “As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade”, que são: temporal, espacial, pessoal e material.

Há antinomia igualmente quando ocorrem conflitos entre os critérios para a sua solução. É a chamada antinomia de segundo grau. No exemplo acima referido, é flagrante o conflito entre o critério hierárquico e o cronológico. A norma posterior-inferior tendo primazia sobre a anterior-superior, ou seja, o Código Criminal prevalecendo sobre a Constituição.

Do ponto de vista teórico, uma maneira de conceber esse problema sistêmico referente às normas do Brasil Império, e o modo como os operadores do direito lidavam com a dogmática jurídica àquela época, é considerar que havia dois ordenamentos distintos, o liberal (numa relação de supremacia) e o “de exceção” (numa relação de subordinação).

O ordenamento “de exceção” era um sistema paralelo, feito sob medida para o elemento servil. A especificidade é que o primeiro e o último emanavam da mesma fonte: o direito legislativo produzido pelo Estado. Assim, a Lei de 10 de junho de 1835 proibia a concessão do benefício da graça aos escravos condenados à morte e determinava a execução imediata da sentença. Havia igualmente o júri específico de escravos, revogado pela Lei nº 3.310, de 10 de outubro de 1886. No próprio Código Criminal, havia normas “de exceção”. Portanto, havia o concurso dos dois procedimentos. O direito português já nos havia dado o exemplo de legislação diferenciada segundo a origem racial. Nas Ordenações Afonsinas, constava todo um conjunto de normas aplicáveis apenas aos judeus, normas essas que não foram incluídas nas Ordenações Manuelinas, código que lhe sucedeu, porque já não faziam sentido, haja vista a expulsão dos israelitas de Portugal em 1496.

Com efeito, tanto o ordenamento liberal quanto o “de exceção” emanavam da mes-

ma fonte: o direito legislativo produzido pelo Estado. O problema é que o primeiro era a negação formal do segundo, e também que o ordenamento liberal, embora fosse a sua antítese, acolhia, em seu seio, paradoxalmente, normas “de exceção”. Ou seja, a legislação “de exceção”, além de constituída por leis extravagantes, acontece também estar embutida no ordenamento liberal, como no Código Criminal, como já vimos. Se trabalharmos com essa hipótese de constituírem dois ordenamentos distintos, não havia antinomias no interior do mesmo ordenamento, já que se tratava de sistemas diferentes, embora essas normas ligadas formal, mas não materialmente, coexistissem numa relação de evidente promiscuidade<sup>3</sup>. As normas devem coincidir, como já vimos linhas acima, para haver antinomia, com respeito a vários itens, entre eles, o da validade pessoal, isto é, a categoria do indivíduo, cuja conduta elas pretendem disciplinar. Se as normas liberais e as endereçadas aos escravos eram incompatíveis, e mais que isso, antagônicas, e o eram efetivamente, não ocorria no entanto antinomia solúvel, mas sim real, insolúvel, posto que, em que pese a algumas delas estarem alocadas no ordenamento liberal, dele não faziam parte materialmente, apenas formalmente, como já nos referimos, pertencendo a outro ordenamento com normas com âmbito de validade pessoal não coincidente. Essa seria uma astúcia e um artifício que poderiam ser utilizados pelos legisladores para viabilizar, do ponto de vista da dogmática jurídica, a decidibilidade. Ao aceitarmos essa hipótese, no exemplo referido, haveria, portanto, antinomia insolúvel: a Carta de 1824 estabelece em seu Art. 179, XIX – “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”. E o Código Criminal estatui, em seu Art. 60, a pena de trazer ferros que, além de aviltante, mortifica, em flagrante dissonância com a Constituição: “Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites,

e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta”.

A Carta de 1824 aboliu a pena de açoite, salvo para os escravos. O Código Criminal a adotara, à semelhança de leis anteriores. Leis posteriores à vigência do código confirmam tal sanção.

O Desembargador Vicente Alves de Paula PESSOA (1877, p. 110 et seq.), magistrado do Brasil imperial (operador do Direito do século XIX), comentando esse artigo do Código Criminal, escreve: “Na sentença em que for o escravo condenado a açoites deve o Juiz que a proferir também condená-lo a trazer um ferro, pelo tempo e maneira porque for designado, conforme o presente artigo; não competindo esta atribuição ao Juiz executor, ao qual só incumbe a fiel execução das sentenças não as podendo alterar para mais ou para menos (Aviso nº 30, de 9 de março de 1850, § 3º). *Não obsta a esta disposição o Art. 179 § 19 da Constituição do Império, por isto que os escravos acham-se fora dela*” [grifo nosso].

Tal afirmação não excluía a norma, mas o sujeito, o que prova que efetivamente havia dois ordenamentos distintos, embora não independentes.

Com efeito, a lei civil não reconhecia ao escravo personalidade jurídica. Mas ele é contemplado pelo Código Criminal, e de modo diferente dos homens livres e dos libertos. Isso configura um contra-senso à vista da Carta Magna de matiz liberal. Já que lhe não era reconhecida a personalidade pela ordem jurídica vigente à época, qual então efetivamente a situação do cativo perante a lei? Não passara despercebida a Perdigão MALHEIRO (1976) essa ambigüidade. É ele quem escreve em seu livro fundamental: “Em relação à lei penal, o escravo, *sujeito* do delito ou agente dele, não é *coisa*, é pessoa na acepção lata do termo, é um ente humano, um homem enfim, igual

pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes. Responde, portanto, pessoal e diretamente pelos delitos que cometa; o que sempre foi sem questão. *Objeto* do delito, porém, ou paciente, cumpre distinguir. O mal de que ele pessoalmente possa ser vítima não constitui crime de *dano*, e sim *ofensa física*, para ser punido como tal, embora o ofensor fique sujeito a indenizar o senhor; nesta última parte, a questão é de *propriedade*, mas na outra é de *personalidade*” (p. 49 et seq.).

Teixeira de FREITAS (2003), na *Consolidação das Leis Civis*, escreve a esse propósito: “Cumprir advertir que não há um só lugar do nosso texto onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos, condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso na reforma das nossas leis civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão classificadas à parte, e formarão nosso *Código Negro*” (“Código Negro”, como era chamado o Editto de 1685 que dispunha sobre os escravos das colônias francesas). A própria “comissão incumbida de rever a Consolidação das Leis Civis” registra em seu relatório que “é sensível a omissão que houve na *Consolidação* a respeito das disposições concernentes à escravidão; porquanto, posto deva ela constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, contudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação a esse respeito”. Ao que Teixeira de FREITAS (2003, p. xxxvii et seq.) assinala: “Vai indicado o pouco que temos de legislação civil relativa a escravos; e além disto um copioso subsídio que extraímos do Direito Romano, única norma na solução dos casos ocorrentes. Assim procedemos no intuito de prestar um serviço ao foro. São mui freqüentes, e delicadas, as questões que este assunto oferece”.

A bem da verdade, a Carta de 1824, nem lei alguma, não reconhece ao escravo nenhum direito da cidadania, mesmo aos já nascidos no Brasil Império, para “qualquer efeito em relação à vida social, política ou pública”. É ainda MALHEIRO (1976) quem indaga: “... resta saber qual o direito que rege as relações dos escravos entre si, com seus senhores, e com terceiros, quanto aos direitos e obrigações civis e naturais, verdadeiro Dédalo, em que a própria legislação Romana (fonte mais abundante e rica de disposições a respeito) tantas vezes flutuou contraditória e incerta, rompendo quase sempre contra as regras gerais. Por modo que se pode dizer que as leis que regem essas relações são todas de exceção ao Direito Civil Comum”.

Ademais, o Juiz estipulava na sentença o número de açoites a serem infligidos ao escravo faltoso (não podendo exceder 50), bem como a maneira de trazer o ferro e sua duração. Tribunais do Império chegaram a modificar sentenças de juízes inferiores, aconselhando moderação na aplicação de sanções. O Aviso nº 140, de 1º de junho de 1864, determinava, segundo anotou do Desembargador Vicente Alves de Paula PESSOA (1877), que “a pena de prisão temporária, em que for comutada a de galés perpétuas, imposta a réus escravos, não pode ser convertida na de açoites”.

Por outro lado, o benefício previsto no Art. 311 do Código Criminal, que previa a comutação de galés temporárias em prisão com trabalho, não se estendia ao elemento servil. E um réu escravo condenado a galés perpétuas não podia beneficiar-se de um segundo julgamento.

Perdigão MALHEIRO (1976) elenca as exceções do direito relativamente aos escravos: “1º O escravo não é admitido a dar queixa por si, mas por intermédio de seu senhor, ou do Promotor Público, ou de qualquer do povo (se o senhor o não faz), como pessoa miserável; 2º Não pode dar denúncia contra o senhor; 3º Não pode ser *testemunha jurada*, e apenas informante; 4º Quando réu ou acusado, deve-se-lhe nomear defensor ou cura-

dor pelo Juiz do processo, se o senhor senão presta a isso como seu curador nato; 5º Que nos crimes da Lei de 10 de junho de 1835, assim como no de insurreição e quaisquer outros em que caiba a pena de morte, não há recurso algum, mesmo o de revista; 6º Que em tais casos pode ser extraordinariamente convocada sessão do Júri para o julgamento; 7º Que, todavia, se a condenação for em pena capital (morte), não se deve esta executar sem se decidir o recurso de graça ao Poder Moderador”.

Essa última disposição revoga o Decreto de 11 de abril de 1829, que, “mandado observar pelo Av. de 26 de fevereiro de 1834, ordenava que se executasse *logo* a sentença, sem que fosse permitido nem mesmo o recurso de graça!”.

MALHEIRO (1976, p. 46-47) conclui que “esta legislação excepcional contra o escravo, sobretudo em relação ao senhor, a aplicação da pena de açoites, o abuso da de morte, a interdição de recursos carecem de reforma”.

A esse propósito, lemos em um *Recurso apresentado em 1874 na Relação do Maranhão*: “O escravo é um ente privado dos direitos civis; não tem o de propriedade, o de liberdade individual, o de honra e reputação; todo o seu direito como criatura humana reduz-se ao da conservação da vida e da integridade do seu corpo; e só quando o senhor atenta contra este direito é que incorre em crime punível. Não há crime sem violação de direito”<sup>4</sup> (NEQUETE apud CASTRO, 1999, p. 338).

Como se justificaria então essa coexistência promíscua de ordenamentos no seio de um regime que se queria liberal? É MALHEIRO (1976) quem nos indica um caminho. Por uma ficção jurídica, o escravo equivalia a *coisa*, pertencente à esfera de domínio de um senhor. Não possuía personalidade, sendo, portanto, privado de toda e qualquer capacidade civil. O Direito Romano que, a princípio, reconhecia o direito de vida e morte sobre o escravo, aos poucos foi reconhecendo que o elemento servil não era rigorosamente uma *coisa*, mas uma *pessoa*.

MALHEIRO acrescenta que, “em inúmeros casos se fazem exceções às regras e leis gerais da propriedade por inconciliáveis com os direitos ou deveres do *homem-escravo*, com os princípios de humanidade, e naturais. E assim veremos que é, de um lado, errônea a opinião daqueles que, *espíritos fortes*, ainda que poucos, pretendem entre nós aplicar cegamente e sem critério ao escravo todas as disposições gerais sobre a propriedade, bem como, de outro lado, não o é menos a daqueles que, levados pela extrema bondade do seu coração, deixam de aplicar as que devem sê-lo; apesar de que, em tal matéria, é menos censurável o procedimento dos últimos”. E conclui: “Em todas as questões, sobretudo e com especialidade nas que se referem ao *estado* de livre ou escravo, deve-se temperar com a maior equidade possível o rigor das leis gerais, sem todavia ofender um direito certo, líquido e incontestável de propriedade, resguardando-o tanto quanto seja compatível com a garantia e favor à liberdade. Nessa conciliação está toda a dificuldade”.

A operacionalidade dava-se, a nosso ver, pelo reconhecimento implícito da existência de dois ordenamentos. Temos assim a fórmula dada por um jurista da época que, embora abolicionista, possuía escravos, para se operar a calibragem do sistema sem romper nem o ordenamento principal, cuja norma maior era a própria Carta de 1824, de cariz liberal, nem o ordenamento “de exceção”. Desse modo, ficava resolvido igualmente o problema de possível antinomia das leis, de sua validade e eficácia.

Enquanto nas Ordenações as penas eram diferenciadas segundo a condição social do destinatário, no próprio corpo do código, no Brasil Império, essas penas eram diferenciadas no sistema legal ambivalente: liberal, para os homens livres e libertos; “de exceção”, para o elemento servil.

Ainda em seus comentários ao Código Criminal, o Desembargador PESSOA (1877) informa: “A Relação da Corte em Acórdão nº 137, de 15 de junho de 1875, reformando

uma sentença contra escravo, impôs a pena do médio do Art. 194 do Código Criminal e converteu em 200 açoites e a trazer ferro ao pescoço por 2 anos, unanimemente na forma deste artigo”. E conclui: “Dizemos, como sempre, que é bárbara uma tal pena, que deve ser revogada, sendo abolida de nossa legislação, e trazemos estas e outras decisões no mesmo sentido, para que os juízes uniformisem a decretação de açoites, sem esquecer os princípios de humanidade” [*sic*].

### 3. Conclusão

Não se pode, com efeito, escamotear o caráter ideológico do Direito. O que seria a lei, em definitivo, senão projeção da ideologia dominante no plano normativo, no âmbito do ordenamento jurídico? No Brasil Império, o que se constata é a coabitação — coabitação promíscua, bem entendido — de uma infra-estrutura escravagista com uma ideologia pseudoliberal. As leis ditas liberais, a Carta de 1824 em primeiro lugar, não passavam de um véu a encobrir o *real verdadeiro*, fazendo avultar o *real simplesmente desejado*, o *real ideológico*. No plano teórico, fica intocada a clássica correlação infra-estrutura/superestrutura. O pseudoliberalismo é, aqui, apenas a articulação do contraditório, daí por que não se trata, *de facto*, de liberalismo, mas de pseudoliberalismo simplesmente...

Estava hipocritamente, assim, preservado o liberalismo de fachada das elites do Brasil imperial.

### Notas

<sup>1</sup> Rememoramos o fato de que durante o Estado Novo, quando os direitos fundamentais da pessoa humana não eram respeitados, Heleno Fragoso, atuando na defesa de Luís Carlos Prestes, dirigente do Partido Comunista, evocou a lei de proteção dos animais em benefício de seu cliente, já que lhe eram negados legalmente os direitos fundamentais (que são direitos naturais constitucionalizados), numa atitude de hiperbolização da ironia. Num sistema jurídico autoritário como era o do Estado

Novo, o grande criminalista tentou operar uma mudança de padrão de regulamentação, para suprir uma lacuna, fazendo apelo ao sarcasmo, quando o sistema lhe negava outra saída com vistas à decidibilidade. Na intuição do advogado porventura o novo padrão estaria baseado no princípio do respeito à vida animal...

<sup>2</sup> Paulo José Leite FARIAS (1987, p. 24), em sua *Apostila de direito civil, parte geral*, refere-se ao caso “Riggs vs Palmer”, ocorrido em Nova York em 1899, dado como exemplo por DWORKIN (1987, p. 24) na obra *Taking rights seriously*: um legatário assassina seu testador; embora do ponto de vista legal ele devesse beneficiar-se do legado, o juiz decidiu de outro modo, operando uma mudança no padrão de regulamentação. Ignora o padrão de funcionamento do sistema fundado na lei, e passa para o que poderíamos chamar de padrão de “justiça *contra legem*”. O juiz justificou essa mudança louvando-se no princípio segundo o qual a “ninguém aproveita sua própria torpeza”. FARIAS conclui: “Note-se que – e esta é a hipótese sobre a qual estrutura DWORKIN sua exposição – homicídio de quem deixa herança, praticado pelo herdeiro, *afasta*, em razão do princípio, a incidência da regra de sucessão que beneficiaria o homicida”.

<sup>3</sup> No Brasil Império, houve um flagrante choque entre dois dos três ordenamentos existentes à época: o liberal (secular) e o canônico. Tratou-se de um conflito de jurisdição, a célebre “questão religiosa”, em que o primeiro ordenamento teve que se impor ao segundo de forma dramática (Cf. BONAVIDES; AMARAL, 1996).

<sup>4</sup> Recurso apresentado por Raimundo José Lamagner Viana por intermédio de seu advogado Francisco de Melo Coutinho Vilhena.

### Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997. 168 p.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. 184 p.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1996. 9 v.
- BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 420 p.
- CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, L.F. de (Org.). *Império: a corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. (História da vida privada no Brasil, v. 2).
- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 5th ed. Londres: Duckworth, 1987.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Apostila de direito civil: parte geral*. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, [19--?]. 119 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 v. Edição fac-similar. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil).
- MALHEIRO, Perdígão. *A escravidão no Brasil; ensaio histórico, jurídico social*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976. 2 v.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras – 1824*. Brasília: Senado Federal: CEE-MCT: ESAF-MF, 1999. v. 1. 121 p.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877. 564 p.
- SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. *Cadernos Cebrap*. São Paulo, n. 3, p. 153-159, 1993.
- WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. 181 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.