



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mario Davi Barbosa

Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros:

Direito penal, castigos aos escravos e duplo nível de legalidade no Brasil (1830-1888)

Florianópolis

2021

Mario Davi Barbosa

Do absolutismo paterno e de tantos tribunales caseiros:

Direito penal, castigos aos escravos e duplo nível de legalidade no Brasil (1830-1888)

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do título de mestre em Direito
Orientador: Prof. Diego Nunes, Dr.

Florianópolis, agosto de 2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

BARBOSA, MARIO DAVI

Do absolutismo paterno e de tantos tribunales caseiros
: Direito penal, castigos aos escravos e duplo nível de
legalidade no Brasil (1830-1888) / MARIO DAVI BARBOSA ;
orientador, DIEGO NUNES, 2021.
180 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. História do Direito Penal. 3. Castigos
aos escravos. 4. Duplo nível de Legalidade. 5. Escravidão.
I. NUNES, DIEGO. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Mario Davi Barbosa

Do absolutismo paterno e de tantos tribunais caseiros:

Direito penal, castigos aos escravos e duplo nível de legalidade no Brasil (1830-1888).

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Gustavo Cesar Machado Cabral, Dr.

PPDG/UFC

Prof. Ricardo Sontag, Dr.

PPGD/UFGM

Prof. Marcos Ferreira de Andrade, Dr.

PPDH/UFSJ

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Diego Nunes, Dr.

Orientador

Florianópolis, agosto de 2021.

Concluir um trabalho foi tão fácil quanto pôde parecer difícil,
ainda mais quando se tem uma torcida de peso: “Deu pai!”

A meus filhos, *Caique* e *Manoel* e a *Gabriela*, pela paciência e
amor de uma vida...

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não poderia ter sido concretizado sem a ajuda e o apoio de muitas pessoas. A vida é uma trajetória para se viver junto, e assim foi meu caminho nesse período de mestrado. Muitos me ajudaram a chegar até o dia 11/03/2019, quando inicou a jornada e tantos outros puderam dividir comigo as angústias, anseios, dificuldades e alegrias. Este processo foi possível também através do fortalecimento que a arte e a música conseguem oferecer. Nas letras do Emicida busquei força, inspiração e coragem para continuar, por isso, citarei aqui algumas delas entre as pessoas, sentimentos e lembranças!

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela oportunidade de contribuição mínima de minha parte destes 2 anos e meio de curso de mestrado. Me orgulho por ter composto o primeiro grupo de alunos selecionados no programa de ações afirmativas do PPGD!

Ao Programa UNIEDU/FUMDES - Pós-Graduação de Santa Catarina pelo apoio financeiro para conclusão da pesquisa.

Ao Instituto Vilson Groh (IVG) pelo suporte, apoio financeiro e pela oportunidade de participar do Programa de Bolsista do IVG, contribuindo para a minha formação e a formação de muitos jovens estudantes das periferias da Grande Florianópolis. Em especial aos membros do GT Direito, graduandos e pós-graduandos que me confortaram em saber que não serei o único a caminhar por esses trilhos.

Sem essas duas bases de sustentação, eu não teria condições de concluir o período da graduação que requer a dedicação difícil de conciliar com uma vida atribulada de trabalho.

“Quem tem um amigo tem tudo”, assim diz o refrão da música de Emicida: Aos amigos e amigas que fiz ao ingressar no mestrado: Carlos Cesar Rodrigues e Ricardo Abraham, que ingressaram comigo na turma de 2019; Kely Cristina da Silva e Barbara Madruga da Cunha pela ótima recepção e parceria; aos monitores da disciplina História do Direito, com quem aprendi muito no estágio de docência: Luiz Antonio, Rafael Caus, Yunes Kondo, Maria Fernanda, Guilherme Cidade.

A todos os integrantes do Grupo de Pesquisa em História da Cultura *Ius Commune* (UFSC/CNPq), grupo de pesquisa em que pude experienciar a prática do aprendizado e da pesquisa em História do Direito.

Aos professores Arno Dal Ri Júnior e Ricardo Sontag, pelas contribuições importantes e mais que necessárias que ofereceram na banca de qualificação do projeto de pesquisa, sem as quais as conclusões do trabalho teriam sido outras e mais tortuosas.

As professoras Beatriz G. Mamigonian e Mariana Armond Dias Paes e a todos/as os/as colegas da disciplina História Global do Trabalho I do PPGH/UFSC, por terem me proporcionado um incrível espaço de diálogo entre a História e a História do Direito. Desta experiência pude perceber os desafios e as alegrias de se formar pontes. A admiração continua!

Ao professor Ricardo Sontag pela ajuda mais que fundamental na pesquisa indicando e emprestando fontes, impossíveis de serem achadas em meio a uma pandemia com os arquivos fechados e sempre disponível para questões e dúvidas, além das lições na disciplina Direito Penal e Escravidão oferecida no PPGD/UFMG.

Aos professores que aceitaram o convite e compuseram a banca de defesa da dissertação: Gustavo Cesar Machado Cabral, Marcos Ferreira de Andrade e Ricardo Sontag. Obrigado pelas observações e alertas oferecidos nas arguições os quais considereei no texto final do trabalho e outros que levarei para a minha trajetória.

As amigadas mais que sinceras que pude cultivar neste momento: Laura Hermando e Vanilda H. dos Santos. Obrigado por terem sido bons ombros e bons ouvidos e por terem caminhado ao meu lado nestes tempos difíceis, que mesmo em meio às dificuldades pudemos fazer muitas coisas, dentre as quais não me esquecerei da parceria na organização do módulo “As fronteiras da liberdade” do *Ius Commune* em 2020. Obrigado pelas palavras sempre amigas e confortantes, por tudo! (“*É presente dos deuses, rimos tantas vezes? Como em catequeses logo perguntei pra Olxalá e pra Nossa Senhora: Em que altura você mora agora, um dia ali visitarei!*” Quem tem um amigo tem tudo, Emicida)

Aos amigos que me acompanharam antes e durante o mestrado e com os quais pude dividir angústias da vida e dos estudos: Vilson Groh, Mario Augusto Capella Tavares, Jussara Palaoro, Giovanna C. Tavares, Jeruza de Jesus Barbosa. Obrigado por aturarem meus sumiços e surpotarem as barras nas minhas ausências! Camila Cardoso de Mello Prando, devo agradecer por teres me guiado para um lugar seguro, quando ainda eu era um jovem cheio de interrogações e críticas, por terem me compreendido quando ainda era muito difícil para mim mesmo compreender a vida!

Renata Dranka, obrigado pela sua presença desde o Ensino Médio na EEB Padre Anchieta. Talvez, não fosse sua insistência, não teria ingressado na graduação em Direito em 2005 e quisá estaria hoje aqui percorrendo o caminho do mestrado. Obrigado também pelo auxílio na tradução das fontes em francês, muito importantes para a pesquisa.

Aos meus familiares: minha mãe Maria Eliane (“*Não esqueci da senhora limpando o chão desses boy cuzão. Tanta humilhação não é vingança, hoje é redenção*” Mãe, Emicida),

meu pai Nei pela vida. Minhas avós Catarina Cardoso Barbosa e Terezinha Camargo, mulheres de fibra, de dor e fé (“*Banzo, vi tanto por aí. Pranto, de canto chorando, fazendo os outro rir*” Mãe, Emicida). A meus ancestrais por me mostrarem a força de onde vim, que caminho os passos de quem veio antes de mim e de quem lutou muito para caminhar: nossos passos vêm de longe! Meus irmãos, irmãs, primas, sobrinhos, agregados, afins. Espero que as ausências estejam aqui mais que justificadas!

Aos professores Vera Regina Pereira de Andrade, Nilo Batista e Vera Malaguti Batista, devo minha admiração porque foi através de seus trabalhos e de suas lutas contra os horrores do direito penal e do sistema penal brasileiro que enveredei pelos caminhos da crítica jurídica e da atuação acadêmica ainda quanto estava na graduação. Este trabalho teve muito da inspiração deles, especialmente do professor Nilo Batista que abriu importantes caminhos para o estudo da história do direito penal brasileiro e sua ligação umbilical com a escravidão.

Desde o início do mestrado perdi 3 pessoas especiais, as quais não poderia deixar de registrar: Doda, minha madrinha e tia querida que com seu sorriso sempre me motivou a continuar no caminho, se foi num momento tenso e difícil para todos nós, guardarei seu olhar a força de uma jovem que veio do interior para trabalhar em “casa de família” desde cedo! Thiago Fabres de Carvalho, professor intenso e profundo – um filósofo professor ou um professor filósofo? -, que me ensinou a viver cada momento e a aprender a melhorar com o olhar do outro, se foi jovem porque sua alma era grande demais para supostar este mundo insano que estamos vivendo! Tio Jaci, meu porto seguro, a quem eu recorria desde pequeno, antes mesmo dele me estender a mão quando a vida parecia ter jogado a mim e meus irmãos num abismo. Tua partida repentina e súbita foi como um soco no estômago de todos – em mim foi como uma surra! -, que ficaram se perguntando: logo tu, porquê, agora, assim? Uma das quase 550.000 vítimas da Covid-19, da indiferença desde desgoverno, do desleixo com a vida. Fica comigo a indignação, a tristeza, a dor! A grandeza da tua generosidade e do teu amor tentarei levar comigo, obrigado por tudo!... “*Reconheça sério que o mal foi sagaz. Como um bom cemitério, tudo está em paz, em paz...*” (Paisagem, Emicida).

Aos meus amados filhos, os quais devo muito mais desculpas que agradecimentos: Caique e Manoel (“*Viver é partir, voltar e repartir... Crianças têm o céu ao alcance das mãos...*” É tudo pra ontem, Emicida). Com vocês eu vou e por vocês eu continuo a caminhar nos caminhos tortuosos dessa vida, que ficam mais felizes e doces ao retornar para casa e poder ouvir suas vozes e sentir seu carinho! Este trabalho foi escrito em meio a muito barulho do pequeno e as turbulências da adolescência do maior e a pressão de todos numa louca e tensa experiência de isolamento que nos obrigamos a viver nesse último ano e meio.

À minha amada esposa, companheira, amiga e agora colega de mestrado: Gabriela Jacinto Barbosa (“*Cada minuto, cada dia, uma nova treta. Mesma vida que as vez é doce, do nada, é malagueta. Eu me sinto um pára-raio dos problema do planeta. Um oásis é deitar a cabeça no colo da minha preta*” Oásis, Emicida). Obrigado, primeiro, por me aturar neste momento. Já não era uma tarefa fácil – eu bem sei -, mas durante todo o ano de 2019 e nas angústias de 2020 e 2021 recebi uma demonstração maior do que é o amor e das barreiras que ele pode nos fazer ultrapassar: te amo e obrigado por tudo e sempre!

Por último, não poderia deixar de registrar o agradecimento a meu orientador, Professor Diego Nunes. Quando decidi retomar meu sonho de cursar o mestrado, não fazia ideia de quem era o orientador que eu havia escolhido, como numa aventura, “me joguei”! E não poderia ter sido melhor a escolha, como seu orientando aprendi mais que imaginava, tentando “reconhecer o campo”, me segurei até me sentir firme e continuei. Obrigado por ter acreditado em mim e na proposta, mesmo quando eu sequer acreditava, obrigado pelas reticências, pelos inumeráveis comentários nos textos, pelos alertas, pelos ensinamentos aprendidos e apreendidos, obrigado por ter caminhado junto e por ter me deixado caminhar, este trabalho não teria sido começado, nem sequer terminado sem o teu olhar e a tua orientação.

Deus, por que a vida é tão amarga?
Na terra que é casa da cana-de-açúcar
E essa sobrecarga fruto gueto
Embarga e assusta seu suspeito
Recarga que é igual a Jesus
No caminho da luz, todo mundo é preto...

... Tudo, tudo, tudo, tudo que nós tem é nós
Tudo, tudo, absolutamente tudo que nós tem é” (*Principia*, Emicida)

É nós, uns aos outros, obrigado! Ubuntu!

O chefe de qualquer estabelecimento agricultural em ponto grande, que preenche convenientemente as suas innumeraveis obrigações, está habilitado para servir os cargos mais importantes da republica. Esta verdade que muitos exemplos historicos e outros domesticos e recentes comprovão, fica ainda mais evidente quando se trata de hum agricultor obrigado a governar escravos. Elle torna-se de facto legislador e magistrado, ou, para melhor dizer, soberano absoluto.

O seu primeiro dever he de se inteirar das relações que devem existir entre sua familia e seus escravos. Huma lei fixa e razoavel, só pelo chefe dada, e cuja execução seja a cada instante por elle inspeccionada, deve presidir a todos os movimentos e serviços da sua casa. Nunca permita que o capricho e versatilidade de mulheres, meninos ou feitores, infringão a sua constituição, cujo sagrado nome usurpamos, não sem intenção, porque huma fazenda grande he hum pequeno reino (TAUNAY, 1839, p. 117-118).

RESUMO

O trabalho aborda um aspecto do processo de codificação do direito criminal no Brasil do século XIX: o problema dos castigos aos escravos. Para isto, adota o marco temporal de 1830 a 1888, que inclui a promulgação do Código Criminal de 1830 e a abolição da escravidão, em maio de 1888. A pesquisa procura dar ênfase às rupturas e continuidades relativas ao tratamento jurídico da doutrina dos castigos escravistas e às formas específicas de punição escrava operadas na legislação do Império. Busca-se compreender a forma como as esferas de punição pública (judiciária) e de punição privada (doméstica) se relacionaram, ou seja, como o Estado brasileiro e os senhores de escravos compartilhavam prerrogativas jurídicas de punição aos escravos. Neste sentido, o trabalho parte do pressuposto de que a análise do fenômeno da punição neste período não pode se restringir ao direito penal criminal – se compreendido tão somente como o conjunto das normas jurídicas emanadas pelo Estado –, mas também a formas plurais de punição exercidas no âmbito privado, como o direito de castigar, e mesmo a punição aos crimes policiais de competência das localidades, que o faziam por meio da edição de Posturas Municipais. Para tanto, o trabalho investiga, a partir da história do pensamento jurídico e da legislação, como se operou um *duplo nível de legalidade* (Mario Sbriccoli) na legislação criminal do Império, capaz de conciliar a punição no nível principal de legalidade penal, compreendidas aí todas as garantias penais, com subníveis de legalidade criados a fim de se operar a punição escravista, seja no âmbito da pena pública, onde se criaram formas de punição específicas para réus escravos, como a aplicação de penas de açoites (art. 60), imputação de crime de insurreição (art. 113) e a mitigação de garantias penais e processuais penais com a lei nº 4 de 10 de junho de 1835 aos escravos acusados de matarem e praticarem lesões corporais a seus senhores; seja no âmbito da pena privada, onde se possibilitou o exercício do direito de castigar pelos senhores, através da causa de “justificação do crime” do art. 14, § 6º do Código Criminal. Diante deste quadro, conclui-se que *o penal* (Mario Sbriccoli) do império ofereceu instrumentos jurídicos que possibilitaram a operação de tratamento legal diferenciado aos escravos, com fim de manter a ordem pública do escravismo e a ordem e disciplina no âmbito doméstico.

Palavras-chave: História do Direito. Direito Penal. Castigos Escravistas. Duplo nível de legalidade. Escravidão.

ABSTRACT

This paper addresses one of the aspects about the process of codification of criminal law in Brazil in the nineteenth century: the problem of slave punishment. To this end, it's been adopted the time frame from 1830 to 1888, which includes the promulgation of the Criminal Code of 1830 and the abolition of slavery in May 1888. The research seeks to emphasize the ruptures and continuities related to the legal treatment of the doctrine of slave punishments and the specific forms of slave punishment operated in the legislation of the Empire. It seeks to understand how the spheres of public punishment and private (domestic) punishment were related, that is, how the Brazilian State and the slave masters shared legal prerogatives of punishment to slaves. In this sense, the work assumes that the analysis of the phenomenon of punishment in this period cannot be restricted to criminal law - understood as the set of legal norms emanating by the State - but also to plural forms of punishment exercised in the private sphere, such as the right to punish and even the punishment of police crimes of competence of localities, who did so through the edition of Municipal Postures. To this end, the work investigates, from the history of legal thought and legislation, how a *double level of legality* (Mario Sbriccoli) in the criminal legislation of the Empire has operated, capable of reconciling punishment at the main level of criminal legality, including all criminal guarantees, with sublevels of legality created in order to operate the slave punishment, or in the context of the public penalty, where specific forms of punishment were created for slave defendants, such as the application of flap sentences (art. 60), imputation of insurrection crime (art. 113) and mitigation of criminal and procedural criminal guarantees with the law No. 4 of June 10th, 1835 to slaves accused of killing and committing bodily injury to their masters; whether in the context of the private penalty, where it was possible to exercise the right to punish you, through the cause of "justification of the crime" of Art. 14, § 6 of the Criminal Code. Beholding this situation, it is concluded that *the penal* (Mario Sbriccoli) offered legal instruments that allowed the operation of differentiated legal treatment to slaves, in order to maintain the public order of slavery and order and discipline in the domestic sphere.

Keywords: Legal History. Criminal Law. Slave punishments. Double level of legality. Slavery.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

IAB - Instituto de Advogados Brasileiros

SAIN - Sociedade Auxiliadora da Indústria Nacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 SOB “A PERPÉTUA VIGILÂNCIA DOS FEITORES E ADMINISTRADORES OU SENHORES [...]. MAS ESTA VIGILÂNCIA SERIA ILUSÓRIA SEM OS CASTIGOS”: PATRIARCADO, DISCIPLINA E PUNIÇÃO AOS ESCRAVOS	25
1.1 A punição como prerrogativa de senhores: jurisdição privada e exercício do direito de castigar	28
1.2 Castigos físicos e disciplina de trabalho: existirá limites ao ferro e ao açoite?.....	37
1.3 As Câmaras Municipais: Posturas e regramentos locais na repressão criminal dos escravos.....	56
1.4 Os Códigos de Posturas Municipais na regulação penal das condutas dos escravos .	58
2 “ESTA MANCHA NEGRA [...] ESTENDEU-SE À LEGISLAÇÃO”: DIREITO PENAL, ESCRAVIDÃO E O DUPLO NÍVEL DE LEGALIDADE	68
2.1 O <i>status</i> jurídico do escravo na Constituição de 1824 e sua implicação na codificação criminal.....	72
2.2 Um Código liberal para conservadores: O Código Criminal de 1830	80
2.3 Punição escrava e duplo nível de legalidade	84
2.4 Os açoites como pena pública aos escravos	90
2.5 Demandas por repressão e controle escravo e a consolidação do duplo nível de legalidade no Brasil oitocentista: o crime de insurreição e a lei nº 4 de 10 de junho de 1835.....	97
3 “QUE SEJA MODERADO, E QUE EM QUALIDADE NÃO SEJA CONTRÁRIO ÀS LEIS EM VIGOR”: A DOUTRINA CRIMINAL DOS CASTIGOS ESCRAVISTAS	112
3.1 Pena e castigo: alguns apontamentos	115
3.2 A excludente de ilicitude do art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830.....	118
3.3 A doutrina dos penalistas sobre os castigos físicos e o art. 14, § 6º	130
3.4 Jeremy Bentham e o poder doméstico	141
3.5 Castigos escravistas para ventres livres: liberdades precárias.....	143

3.6	As leis do império e o império das leis: a crise da escravidão entra no campo criminal.....	148
	CONCLUSÃO.....	161
	REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

No ano de 1839, mesma década em que foram promulgados os primeiros códigos brasileiros, foi publicada uma interessante obra sobre a gestão da agricultura no Império. O *Manual do Agricultor Brasileiro* representava um estilo literário difundido especialmente entre os países e territórios onde vigoravam os auspícios da escravidão moderna como em Cuba, nas Antilhas e nas Colônias Inglesas (MARQUESE, 2004). Carlos Augusto Taunay¹, autor da obra, ao tratar do tema da agricultura, conferiu especial atenção ao aspecto da gestão dos escravos pelos fazendeiros. As razões eram claras: sem escravos e sem uma boa gestão da escravaria uma fazenda não conseguira alcançar a prosperidade.

A primeira edição foi publicada em janeiro daquele ano e rapidamente ganhou o gosto da elite política oitocentista. A obra foi indicada para a Sociedade Auxiliadora da Indústria Nacional (SAIN) por intermédio de Bernarndo Pereira de Vasconcelos, político que ficou conhecido na historiografia penal por ter apresentado à Câmara dos Deputados o projeto base de discussão do Código Criminal. Mas aqui, a sua importância estava no fato de que Vasconcelos passou a compor o governo do regresso conservador, sendo a figura fundamental que recomendaria a distribuição do *Manual do Agricultor* para todo o país, garantindo o custeio da segunda edição naquele mesmo ano (MARQUESE, 2001, p. 24; 2004, p. 270).

Ocorre, porém, que a presente pesquisa se coloca no campo da história penal, assim a primeira questão que surge é esta: que relação poderia ter um livro que pretendia ensinar técnicas de agricultura com o tema de estudo? A primeira resposta à questão é simples e parte da seguinte afirmação: o fenômeno da punição no Brasil durante o século XIX não estava restrito às estruturas jurídico-burocráticas do penal hegemônico, em outras palavras, o direito de punir

¹ Carlos Augusto Taunay (1791-1867), filho do ilustre pintor francês Nicolas Antoine Taunay que veio ao Brasil em 1816 para compor a Missão Artística Francesa, encomendada por Dom João VI: “Sua família tinha se envolvido profundamente nos eventos da França revolucionária e napoleônica. Seu pai, Nicolas Antoine Taunay (1755-1830), fora um dos fundadores do Instituto da França e, com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, passara a fazer parte do círculo de artistas próximos ao imperador. Carlos Augusto, por sua vez, ingressou jovem no Exército francês. Em 1810, com dezoito anos, foi para os campos de batalha da Espanha, onde – no ano seguinte – se destacou na batalha de Sagunto, o que lhe valeu rápida promoção para o posto de major. Entre 1812 e 1815, participou de praticamente todas as grandes campanhas militares do ocaso do Império napoleônico [...]. A queda definitiva de Napoleão trouxe duro revés para a família Taunay. O envolvimento de pai e filho com o Império era de tal monta que a situação deles se tornou insustentável na França da Restauração dos Borbon” (MARQUESE, 2001, p. 8-9); A obra “Manual do Agricultor Brasileiro” foi reeditada no ano de 2001 (TAUNAY, 2001), sob a coordenação de Rafael de Bivar Marquese, que escreve uma Introdução e Cronologia. As informações aqui apresentadas foram extraídas da introdução que apresenta informações mais detalhadas.

neste período não era exclusividade do Estado, haviam outras esferas que compartilhavam prerrogativas de punição.

Desta forma, o *Manual do Agricultor Brasileiro* procurou demonstrar aos proprietários oitocentistas a melhor forma de fazer a gestão da fazenda, o que seria feito a partir dos pressupostos do paternalismo cristão e da disciplina para o trabalho (MARQUESE, 2004, p. 292). Estas posições constantes na obra representam as bases de onde os senhores escravistas partiam para explicar as suas prerrogativas jurídicas e sociais, de onde assentavam o seu poder: era na figura do *pater familias*, de um bom senhor cristão, soberano do espaço doméstico, detentor dos direitos da Casa, que deveriam ser lidos e delimitados os poderes dos senhores sobre seus escravos.

Neste sentido, enquanto os Códigos representavam os fundamentos de uma imensa e meticulosa edificação de estruturas jurídicas que culminaria ao seu término, na avocação pelo Estado do monopólio do *jus puniendi*, Taunay procurou estabelecer um diálogo justo naquele momento que procurava debater o lugar das prerrogativas dos senhores sobre os escravos, incluindo aí o direito de castigar. Era um debate entre o direito dos senhores e as novas leis do império. Para ele, “não haveria tanta necessidade de que o governo se intromettesse por huma lei no tratamento da escravatura”, porque este direito de bem dizer e fazer sobre os interesses privados deveria ser resguardado aos bons “chefes de família”, assim como era na antiguidade onde este direito havia se desenvolvido. Este poder representava o exercício do “governo paterno”, cujas prerrogativas se estendiam – para além dos escravos - “até as esposas e filhos sobre os quaes os maridos e pais exercião hum poder discrecionario [sic] que abrangia o *jus* de os sentenciar e executar, *inter parietes*, no interior da casa” (TAUNAY, 1839, p. 13).

A grandiosidade das pretensões codificacionistas parecia impressionar aqueles homens que estavam mais acostumados aos mandos e ao respeito do seu status naquela sociedade patriarcal, protegidos entre as paredes e muralhas de suas Casas. Entretanto, se queixava este autor, o luxo, a cobiça, a sede dos homens e as práticas dos maus senhores que se opunham à “pureza dos costumes, e a singeleza patriarcal” tinham como resultado incômodo o estabelecimento “**do absolutismo paterno e de tantos tribunaes caseiros**”, cujas regras não existiam e onde não reinavam os limites da prudência. Na visão de Taunay, eram os maus senhores e as suas desmedidas práticas de abusos cometidos contra seus escravos, no “segredo das famílias” que traziam cada vez mais o incômodo da necessidade de interferência da esfera lei para se impor sobre o âmbito das Casas (TAUNAY, 1839, p. 14, grifo nosso).

O tom retórico das críticas de Taunay pode sintetizar uma visão que se pretendia moralizante sobre as práticas senhoriais do século XIX. A este respeito, as prescrições do *Manual* sobre a disciplina e a gestão dos escravos eram pautadas no ideal de uma “ética camponesa para o trabalho”, moldada à imagem do senhor enquanto centro da ordem da cosmologia da fazenda. Afinal de contas, “huma fazenda grande é um pequeno reino”, portanto um espaço não somente de geração de trabalho e disciplina, mas especialmente de ordenamento desta ordem social por meio de regras dadas por aquele que deveria ser considerado o soberano do pequeno reino: o senhor escravista (BARBOSA, 2021).

A perturbadora ideia de uma lei que se intrometesse nos poderes paternos representava um imenso desafio posto naquele momento: se de um lado os senhores buscavam resguardar as prerrogativas de poder no âmbito doméstico, de outro, os abusos a este direito poderiam aos poucos redundar numa invasão pelos tentáculos do Estado num âmbito “sacralizado” que era o âmbito doméstico. Ideia tormentosa e difícil, contra a qual os senhores lutariam com garras e dentes a fim de manter os seus direitos.

A interferência das burocracias coloniais portuguesas no âmbito da Casa sempre foi dificultosa, a manutenção do equilíbrio entre os interesses da Coroa e os interesses dos senhores escravistas dependia do estabelecimento de esferas de atuação dos poderes metropolitanos e da autonomia dos particulares, sendo que, grosso modo, sua interferência se dava somente fora da unidade de produção. Apesar de a Casa congregar uma diversidade de pessoas como constitutivas do seu cosmos (pai, mãe, filhos, servos, escravos, agregados, etc), os castigos físicos ao longo dos tempos foram sendo aos poucos direcionados especificamente aos escravos. Não se contestava o direito de castigar dos senhores, apenas se alertavam sobre os limites para a moderação e a necessidade de proporção dos castigos às faltas (LARA, 1987, p. 41 ss)². Neste sentido, denúncias como a que foi recebida pelo Santo Ofício português³, provavelmente do final do século XVIII, que relatava a prática de abusos cometidos por um senhor baiano em numerosas vezes, de forma atroz e sádica são reveladoras dos limites que a sociedade corporativa portuguesa tinha para a repressão dos excessos senhoriais, já que não houve

² Silvia Lara (1987, p. 57-72) relata devassas abertas em decorrência de denúncia de excessos cometidos por senhores na execução de castigos escravistas e que não resultaram em condenações pela prática de crimes: para maiores informações ver Capítulo II, Castigo Incontestado.

³ Da extensa denúncia, constam 47 itens ao total, dos quais 26 são específicos à tortura de escravos: Ver MOTT, 2010, p. 74-80.

qualquer tipo de investigação ou qualquer indício de punição do caso (MOTT, 2010, p. 67-69).

São bastante conhecidos na historiografia social brasileira as obras de jesuítas que trataram em maior ou menor grau do tema da gestão dos escravos, sendo um ponto sempre debatido o aspecto da disciplina dos castigos escravistas (LARA, 1987; MARQUESE, 2004). Jorge Benci, Antonil e Ribeiro Rocha, ao tratarem da economia doméstica em suas obras salientavam o dever dos senhores cristãos de bem tratarem seus escravos. Estas obras, apesar de pouca circulação no território colonial, eram, em muitas das vezes, resultado dos sermões dos jesuítas que os desenvolviam para serem utilizados nas celebrações católicas visando a doutrinação dos bons senhores e dos escravos por meio do catecismo. A prática do uso do catecismo era um meio usual no cenário colonial utilizado pelos jesuítas que pretendiam repassar os ensinamentos bíblicos. Este estilo literário compreendia uma verdadeira literatura jurídica colonial (CABRAL, 2017; CABRAL, 2019).

Para além das proscricções dos jesuítas aos senhores, nas suas obras se destacam as observações que estes homens faziam das práticas históricas do escravismo brasileiro, cujas marcas dos excessos são evidentes:

Reprehendê-los [os escravos], e chegar-lhes com hum cipó ás costas com algumas varancadas, he o que se lhes póde, e deve permitir para ensino. Prender os fugitivos, e os que brigarão com feridas, ou se embebedarão, para que o senhor os mande castigar como merecem, he diligencia digna de louvor. Porém, amarrar, e castigar com cipó até correr o sangue, e metter em tronco ou em huma corrente por mezes, (estando o senhor na cidade), a escrava que não quiz consentir no peccado, ou ao escravo que deu fielmente conta da infidelidade, violencia, e crueldade do feitor, que para isso armar delictos fingidos, isto de nenhum modo se ha de soffrer; porque seria tudo um lobo carneceiro, e não hum feitor moderado; e christão (ANTONIL, 1711, p. 22).

É assim que em 1758 Manoel Ribeiro Rocha denuncia a forma que os senhores brasileiros tratavam seus escravos:

Nas fazendas, engenhos e lavras minerais, ainda hoje há homens tão inumanos que o primeiro procedimento que têm com os escravos e a primeira hospedagem que lhe fazem, logo que comprados aparecem na sua presença, é manda-los açoitar rigorosamente, sem causa que a vontade própria de o fazer assim (ROCHA, 2017, p. 136).

Neste cenário, os excessos escravistas representados pelas torturas e sevícias dos feitores⁴, para além de uma exceção, representavam a regra da vida tanto da sociedade colonial

⁴ “Feitor: Na hierarquia rural, indivíduo que dirigia as fazendas, fiscalizando os serviços e, sobretudo, mantendo a disciplina da escravaria. No início, era quase sempre um português, mas com o tempo a profissão passou a ser exercido [sic] especialmente por mulatos. Tinha autorização do senhor de aplicar castigos nos faltosos, no que exagerava quase sempre, chegando muitos deles a requintes de selvageria [...]. Quase sempre o próprio feitor e encarregava de executar castigo no escravo. Algumas vezes, porém, transferia a tarefa para um escravo. Quando, porém, o feitor desconfiava que o escravo designado como carrasco não estava executando a contento o pepal,

(GRINBERG, 2018), quanto da sociedade imperial brasileira. Esta sociedade, extremamente hierarquizada e desigual, tinha nas manifestações de violência física a representação de um atributo que perpassava todas as camadas sociais (VELLASCO, 2004). Porém, destaca-se que a experimentação dessa violência se apresentava de forma especial para uma parcela significativa da sociedade oitocentista que estava submetida ao cativeiro.

O presente trabalho tem por objetivo compreender a forma como a disciplina dos castigos escravistas foi lida e tratada pela cultura jurídica a partir do advento da codificação penal que se iniciou com o advento do Código Criminal (1830) e com o Código de Processo Criminal (1832) do Império até o fim da escravidão, em 13 de maio de 1888. Se antes, no período colonial, os castigos eram entendidos pela ótica da teologia moral cristã, questiono a forma com que os “ventos liberais” do reformismo penal brasileiro justificou a permanência de tais práticas.

A emergência da codificação penal brasileira representou um momento de ruptura com a ordem jurídica do direito do Antigo Regime português, os juristas das primeiras décadas do oitocentos se utilizavam da metáfora do absolutismo monárquico, da crueldade e da desmesura das leis penais das Ordenações (Livro V) para sintetizar a simbologia dos códigos que concebiam: estes deveriam representar a racionalidade da punição, o fim das penas corporais e degradantes, a igualdade da intervenção penal. Como se verá a frente, era *o penal* que se coloca abertamente contra os absolutismos do rei soberano, expressão de um verdadeiro instrumento de controle do poder de punir do Estado a favor do cidadão. Entretanto, este mesmo direito procurou manter hígidas as garantias de poder familiar que representavam na prática a continuidade de verdadeiros absolutismos paternos dos senhores contra os escravos.

A fórmula jurídica meticulosamente construída pelos legisladores do Código Criminal de 1830 inseriu o direito de castigar dos senhores no âmbito do art. 14, § 6º do texto normativo, excluindo a ilicitude do ato e, portanto, o legitimando sob certos limites. A proposta aqui é buscar não somente no texto normativo as trilhas para o percurso da pesquisa, é olhar para a realidade subjacente, compreendendo o caráter do direito enquanto “uma dimensão de civilização”, para tanto, trata-se de reconhecer na história do direito a possibilidade de demonstração das suas representações, lembrando que “o texto em si é sempre representação de uma realidade de fundo” (GROSSI, 2005, p. 36).

colocava atrás dele outro escravo igualmente armado de chicote, para agir quando necessário e, levando mais longe ainda suas precauções tirânicas, colocava-se ele próprio em terceiro lugar para castigar o ‘fiscal’ no caso em que este não cumprisse o dever com bastante severidade” (MOURA, 2013, P. 159).

Ocorre que o direito codificado não estava descolado da sociedade que o concebeu, ele fazia parte dela, resultava destas estruturas sociais de fundo. Neste grande oceano das manifestações dos anseios sociais e das representações jurídicas é que entendo ser necessária a advertência de Paolo Grossi (2009, p. 18-19, grifo noosso), de que “o direito é, antes de tudo, uma *mentalidade*; os institutos jurídicos são antes de tudo uma *mentalidade*”. E como mentalidade, contam as permanências que perduram no tempo e insistem em ficar arraigadas, para além das mudanças, rupturas políticas e das revoluções.

Diante disto, importa destacar que parto do pressuposto que as práticas de punição e, portanto, o próprio direito de castigar, não estiveram durante o período estudado restritas aos regramentos do direito oficial. Para tanto, no desenvolvimento da pesquisa utilizei a expressão “*o penal*” - e não “direito penal” -, objetivando exprimir não somente o que se entende como o direito e o processo penal em si, seus sistemas normativos de garantias legais, por exemplo, mas querendo também apontar para outras formas de manifestação do controle punitivo na sociedade brasileira oitocentista. A expressão “*o penal*” refere-se ao trabalho de Mario Sbriccoli (SBRICCOLI, 2011), sendo utilizada como substantivo, a fim de alcançar formas diversas de manifestação da punição nas múltiplas esferas da estratificação social⁵. Tais esferas de manifestações da punição também podem ser denominadas por “agências penais”⁶, no dizer de Zaffaroni et al (2016, p. 43 e ss), ou seja, esferas plurais de manifestação do controle social punitivo.

⁵ Neste trabalho, lanço mão do termo “*o penal*” desenvolvido por Mario Sbriccoli para compreender que a noção de um fazer histórico que se restrinja apenas à compreensão “direito penal” (normativa legalista) não é capaz de exprimir o escopo deste estudo. Também utilizei da expressão “*o penal*” a fim de descrever como a punição colonial se desenvolveu no contexto privado, especialmente inserida no sistema escravista da plantação e como este modelo de punição foi tomado com o advento do direito penal brasileiro surgido a partir da codificação criminal operada pelo Código Criminal de 1830.

Ricardo Sontag costuma advertir nas traduções dos artigos de Sbriccoli (2011; 2017) ao português este aspecto do significado do penal” (*il penale*) enquanto substantivo. Transcrevemos uma citação das palavras de Sbriccoli, referenciada no artigo “*Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal*” (SBRICCOLI, 2017, p. 252 para explicar o item “2. O lugar central do penal): “refiro-me à história penal como a um campo que compreende a história do direito penal, mas que não se exaure nele, porque no penal não há somente o direito. Existem as normas, que são algo diferente (talvez muito diferente), existem as conexões com a sociedade, os valores, os interesses, as razões de alarme, as relações com o Estado, a relação entre ordem e garantia. Existe o controle social, que não é direito nem legislação, não é sanção, nem sancionado, mas tem uma importância extraordinária. Além disso, malgrado tenhamos sido habituados a pensar a partir do pressuposto segundo o qual o penal é algo unidimensional, determinado por sua derivação integralmente estatal, a história do penal é, na verdade, a história de uma pluralidade articulada”. (SBRICCOLI, Mario. “*Storia del diritto italiano*”: *articolarioni disciplinari vecchie e nuove* [1993]. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè, 2009. v. 2. p. 1.181).

⁶ “A referência aos entes gestores da criminalização como *agências* tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativo (tais como corporações, burocracias, instituições etc.). *Agência* (do latim *agens*, participio do verbo *agere*, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e detro do possível neutro de *entes ativos* (que atuam)” (ZAFFARONI et al, 2016, p. 43).

A hipótese central da pesquisa é que o controle penal dos escravos no século XIX não pode ser compreendido como uma prerrogativa exclusiva do poder de punir estatal. A punição pública redesenhada pelo sistema legislativo penal do Império conviveu com a punição privada, doméstica dos senhores escravistas que exerciam prerrogativas de punição consubstanciadas no direito de castigar. O penal enquanto modelo de justiça penal hegemônica foi aos poucos se estabelecendo na estrutura burocrática do Estado, ganhando musculatura até o declínio do sistema escravista que levou consigo o modelo de punição baseado nos poderes patriarcais. Para tanto, foi necessário o estabelecimento de um *duplo nível de legalidade*, que teve como função, de um lado, a legitimação de esquemas de controle penal diferenciado para o combate da criminalidade escrava no âmbito público e, de outro, a adequação do controle penal privado dos senhores ao modelo legal a partir da doutrina dos castigos moderados.

Para melhor compreender como se legitimavam os castigos escravistas sob a ótica dos seus senhores, busquei nos Manuais de Agricultura publicados ao longo do século XIX e indiretamente nas obras dos jesuítas do século XVIII, procurando estabelecer as bases de justificação deste direito difuso, plural em sua manifestação e capilarizado socialmente. Entendo que uma explicação do seu fenômeno não pode ser feita sem olhar para a tradição da qual ela é tributária: costumes, institutos de direito canônico, teologia moral e cristã, *ius commune*. Neste contexto, as fontes do direito municipal também serão objeto de estudo, especialmente as Posturas Municipais que previam hipóteses de crimes policiais cometidos por escravos durante o período de estudo. Com isto, pretendo salientar como eram importantes as esferas locais de repressão penal escrava durante o século XIX.

Em confronto com estas fontes, as leis do império também serão importantes fontes de estudo, cujo objetivo principal é a compreensão da forma como se estruturou o sistema de justiça criminal oficial daquele período no que se refere ao seu objetivo de conjugar a punição de pessoas livres e a punição de pessoas escravizadas.

Por último, serão analisadas as fontes do direito comparado no intuito de perceber como que a tradição legislativa brasileira se apropriou de elementos normativos do direito comparado para desenvolver a fórmula legal que possibilitou a justificação, do ponto de vista do direito codificado, das práticas de castigo escravo. Além disso, busco na doutrina jurídica do século XIX, com uma especial ênfase à doutrina dos penalistas e o seu estilo de produção, respostas sobre a existência de limites e em quais balizas estavam assentadas as prerrogativas dos senhores. Na obra de juristas que escreveram em áreas diversas do direito, busquei compreender

a relação necessária que teve a escravidão (instituto de direito civil) com o modelo de punição lei do Código Criminal de 1830.

Para ser possível o alcance dos objetivos propostos ao trabalho, entendo ser importante do ponto de vista metodológico a conjugação dos olhares da *História do Direito* (entendida como um campo do saber) e da *História Social*. Me valho das proposições apresentadas por Paolo Grossi (2009) e por Mario Sbriccoli (2019) que buscaram fazer uma reflexão sobre o fazer histórico dos juristas e o seu lugar frente a outros campos das ciências sociais, especialmente da história social.

Grossi (2009) buscou discutir o lugar do conhecimento jurídico em meio às ciências sociais (entendido como o lugar do silêncio), e a necessidade de uma interação urgente e necessária entre a história social e a “dimensão jurídica” dos problemas estudados, capaz de explicar e melhor compreender o lugar do direito nas relações sociais, entendido no seu caráter de “mentalidade”. Este autor propõe, assim, um convite ao diálogo constante e intenso entre o historiador social e o historiador do direito, com vistas a quebrar desconfiças de ambos os lados sobre o papel mútuo de cada campo histórico. Com isto, pretende também a necessária recuperação do *jurídico* (dimensão jurídica) nas análises realizadas pelas ciências sociais.

Neste mesmo caminho, Mario Sbriccoli (2019) vê nesta relação entre disciplinas uma “instrumentalidade de mão dupla” capaz de quebrar a surdez recíproca entre o historiador do direito e o historiador social, cujo objetivo maior é a “*desdisciplinarização*” de áreas compreendidas não como ilhas isoladas em si mesmas, mas como pontes, vias de mão dupla, capazes de juntas possibilitar a compreensão dos fenômenos sociais, mas sem esquecer de suas autonomias próprias.

Ambos os autores partem da constatação da dificuldade de diálogo ou até uma ausência de intersecção de saberes entre a história do direito e a história social quando o objeto de pesquisa se centra em fenômenos que encampam o direito e a dimensão jurídica. Nestes embates, os historiadores sociais entraram no campo muito antes dos historiadores juristas e iniciaram um produtivo trabalho de compreensão dos fenômenos sociais a partir de fontes históricas propriamente jurídicas, como processos judiciais (cíveis, criminais, eclesiásticos), testamentos, contratos, inventários, doutrina, normas jurídicas, detre outros. O problema é que este contato com as fontes jurídicas se deu muitas vezes sem atender a importância de considerar justamente a o direito enquanto fenômeno próprio, o que redundava numa dificuldade de compreensão desta “dimensão jurídica” dos fatos ou mesmo numa pretensão de prescindir dela na análise dos objetos de estudo para além de uma visão legalista.

No capítulo primeiro será abordado como que, a despeito das críticas parlamentares direcionadas a barbaridade do Livro V das Ordenações Filipinas, se manteve dentro do Código Criminal de 1830 a possibilidade de legitimação de castigos escravistas historicamente representados pela figura do “abolustismo paterno”. O objetivo principal deste capítulo é compreender as bases do direito de castigar, buscando nos Manuais de Agricultura publicados no Brasil os fundamentos jurídicos das prerrogativas dos senhores, ou seja, de onde eles buscavam a legitimação de seu poder sobre os escravos. Se buscará compreender também o processo de controle dos crimes policiais dos escravos, operado por meio das Posturas Municipais que estabeleciam repressão aos escravos no meio urbano de práticas como vozeiras, ajuntamentos, manifestações culturais, dentre outros, no século XIX.

No capítulo segundo, a pesquisa tentará compreender como que a legislação brasileira erigida no Império lidou com as demandas de punição escravistas. Neste momento, a questão central procurará problematizar como um modelo de punição liberal pós-iluminista realizou a conciliação de formas de punição específicas e de esferas de controle penal diversas e concorrentes. Para tanto, o conceito de *duplo nível de legalidade* será utilizado como um instrumento possível de análise do fenômeno da punição brasileira oitocentista. Aqui, um direito penal excepcional, amparado pelo signo da emergência, tornará possível a criação de níveis diversos de punição dentro e fora do código: num nível de legalidade se punem os crimes comuns relacionados aos cidadãos brasileiros, em um subnível de legalidade é operada a punição escrava (aplicação de pena de açoites, crime de insurreição, lei de 10 de junho de 1835).

No capítulo terceiro a pesquisa se voltará especificamente à doutrina jurídica do art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830. O objetivo é tentar entender, de um lado, como os legisladores construíram essa “fórmula jurídica” que possibilitava a absolvição de senhores pela prática de castigos escravistas que fossem compreendidos dentro do seu limite e, de certa forma, legitimava tal prática dentro da lógica do direito penal codificado. A partir da análise da doutrina jurídica, se buscará pelos sentidos dados por esses personagens privilegiados da história na análise do dispositivo legal, ou seja, como os juristas do império viam e interpretavam o art. 14, § 6º.

Por último, a pesquisa tentará olhar para as décadas finais do império no intuito de observar o processo de gradativa intromissão das leis do império no âmbito da escravidão, ou de como as leis passaram a regular alguns aspectos da escravidão brasileira e, especificamente, do controle penal dos escravos. Assim, serão abordados aspectos da lei do ventre livre e da lei que aboliu a pena de açoites do sistema penal brasileiro. Neste cenário, será dada atenção a

atuação do movimento abolicionista e de como as estratégias de contestação de escravidão por meio de demandas penais (abolição da pena de açoites, críticas à lei de 10 de junho de 1835) impactaram na discussão sobre os limites dos senhores no exercício de suas prerrogativas de punição sobre seus escravos.

1 SOB “A PERPÉTUA VIGILÂNCIA DOS FEITORES E ADMINISTRADORES OU SENHORES [...]. MAS ESTA VIGILÂNCIA SERIA ILUSÓRIA SEM OS CASTIGOS”: PATRIARCADO, DISCIPLINA E PUNIÇÃO AOS ESCRAVOS

O Brasil, havendo-se constituído independente, havendo-se estabelecido Império, e proclamado o seu Governo Constitucional, reclama a reforma da sua Legislação Criminal; pois que a existente no Livro 5.º das Ordenações é bárbara, e está em manifesta contradição com as luzes do século em que vivemos. As idéias lustradas de hoje não consentem penas atrozes e cruéis tormentos para extorquir confissões, multas pecuniárias para locupletar o Fisco; provas semi-plenas e indícios reputados plenos como perfeitas provas para a imposição de penas nos chamados privilegiados [...]; e é por isso que a nossa Constituição mui expressamente nos determina, no art. 151, que organizemos novos Códigos, tanto Civil como Criminal. Este que ora se apresenta está conforme às luzes do século; está em perfeita harmonia com a Constituição (Visconde de Congonhas, *Apud* PAULO, 2008. p. 186).

O discurso que acima cito foi proferido no dia 28 de novembro de 1830 pelo senador Visconde de Congonhas, após o senado ter aprovado o projeto de Código Criminal a menos de um mês da sua promulgação que ocorreria em 16 de dezembro daquele mesmo ano. Como destacado pelo ilustre senador, a legislação criminal então existente merecia reforma, porque “é bárbara, e está em manifesta contradição com as luzes do século”, esta era sem dúvidas uma importante preocupação destes legisladores, que pretendiam civilizar o direito penal e apresentar uma legislação à altura do movimento reformador tal qual ocorria em muitas nações europeias.

Os juristas que participaram da construção do modelo legalista de punição inaugurado com o Código Criminal de 1830 se utilizaram da metáfora da libertação do Brasil do Livro V das Ordenações Filipinas⁷. Mas exatamente o que eles queriam dizer? Seria possível conceber um sistema jurídico penal com prerrogativas exclusivas de criar o crime e aplicar a pena ao Estado Imperial? Estava nas entrelinhas deste discurso uma solução mitigatória de esquemas punitivos público e privado?

Sendo instituída a legalidade no Brasil sem a existência de igualdade formal entre os

⁷ O Livro V das Ordenações Filipinas no processo de codificação penal brasileiro será extensamente elevado ao status de legislação dos horrores (*Libris Terribilis*) do Antigo Regime e da dominação portuguesa no Brasil. Assim, a heresia, a blasfêmia, sodomia, bigamia, alcovitaria, mexericagem, e uma enorme gama de condutas penalizadas com penas cruéis e corporais e com penas capitais sintetizadas nos termos *morra por ello* ou *morra por isso*; também a grande utilização da pena de degredo para a África ou para o Brasil perfaziam o conjunto de regulação punitiva que sintetizava o poder simbólico desta legislação.

sujeitos objeto da normatização penal, o discurso civilizador e de libertação do Livro V das Ordenações não foi capaz de livrar uma categoria específica de pessoas: os escravos. Estes passariam ainda por uma imensa e tormentosa tradição correcional, com sevícias e crueldades cometidas por senhores escravistas e seus feitores e que repousava suas bases jurídicas no direito de castigar, sendo este o ponto central a ser desenvolvido neste capítulo.

Algumas respostas para estas e outras perguntas que constituem o objetivo da pesquisa poderão ser melhor compreendidas no segundo capítulo, quando apresentarei uma possibilidade de análise deste fenômeno a partir do conceito de duplo nível de legalidade, possível de ser compreendido por meio de um trabalho árduo de conciliação pragmático-teórica a que os juristas brasileiros da primeira metade do século XIX tiveram que empreender.

O que importa pensar agora é o que estava em jogo no momento de transição do modelo de punição dos primeiros decênios do oitocentos, quais rupturas são possíveis de serem observadas, mas aqui, significativamente quais as continuidades, a sua força enquanto realidade histórica (Antigo Regime), capaz de sobreviver harmonicamente mesmo em meio a um sistema que se apresentou como sua antítese (liberalismo penal).

Dentro das transformações ocorridas no Brasil deste momento, é fundamental compreender que “as independências foram revoluções políticas, mas não jurídicas” (GARRIGA, SLEMIAN, 2013, p. 187), ou talvez que as mudanças ocorridas no direito a partir da interferência política da codificação enquanto experiência mitológica moderna (GROSSI, 2007), não foram capazes de modificar uma longa tradição jurídica que bebia seus fundamentos na doutrina do *ius commune*, assim como na doutrina cristã, que se entrecruzavam e se relacionavam intensamente no tocante a matéria da punição. A legalidade penal precisou se adaptar a certos direitos e tradições a fim de conformar no âmbito da lei práticas jurídicas que permaneceram com a continuidade da escravidão.

Importa também para este momento apresentar alguns aspectos necessários a uma desmistificação das formas de punição inseridas no contexto do Antigo Regime, visando problematizar o modo como hoje se vê, se estuda e se apreende na pesquisa jurídica o modelo de punição deste período: o absolutismo monárquico, possível de verificação nos espetáculos públicos de suplício, demonstrando os excessos e irracionalidade do poder real⁸.

⁸ Sobre este aspecto da punição do Antigo Regime português, a historiografia jurídica tem desmistificado a visão com a qual temos nos acostumados a vislumbrá-lo. Muito disso se deve atualmente a um recurso equivocado que se faz a obra *Vigiar de Punir* de Michel Foucault (1987), que se relaciona muito mais ao contexto francês. Sobre o caso português, os trabalhos de Antonio Manuel Hespanha dão conta de melhor explicar a representação da punição no Antigo Regime da Monarquia Corporativa portuguesa. Neste aspecto, destaco o exercício do direito real no campo político, considerando uma sociedade plural, estratificada, impondo ao monarca a assunção da figura

A proposta aqui não é apresentar um estudo geral e totalizante da realidade jurídica daquele momento, mas compreender suas particularidades, com atenção à história d’o *penal* brasileira e suas tradições: a tradição portuguesa do Antigo Regime, mas fundamentalmente a tradição colonial de punição marcada pelo escravismo negro diaspórico⁹. Este é também outro ponto de reflexão necessária.

Procurou compreender o que significou a justiça criminal colonial brasileira em termos de tradição, as suas bases e limitações históricas e as funções que desempenhava. Nesse “encontro de culturas” que significou a trajetória colonial brasileira (WEHLING, 2004), entendo ser primordial discutir a história do direito penal brasileiro a partir do Brasil (SEELAENDER, 2017), o que implica humildade para lançar mão de estruturas conceituais que não “cabem” na experiência jurídica colonial, ou de pensar na existência de um “direito das índias” brasileiro (HESPANHA, 2016), por exemplo, e começar daqui e traçar um plano possível de análise que responda melhor aos nossos problemas.

Diante disso, a justiça criminal colonial brasileira como representação d’o *penal*, enquanto manifestação mais ampla do significado das práticas e estruturas de punição (SBRICCOLI, 2011), se mostra mais pela sua diversificação e pulverização das prerrogativas de jurisdições e de aplicação de penas e castigos do que propriamente por um sistema central, de prerrogativas restritas ao rei derivadas da figura imagética do monarca soberano, ou seja, de um modelo de justiça penal hegemônica.

de um árbitro no exercício da justiça, que tinha como estratégia a conformação desta sociedade fragmentada, abrindo mão assim de uma punição efetiva (HESPANHA, 2006, p. 449). O direito real constituía uma *ordem jurídica virtual* no âmbito da monarquia corporativa, com uma intensa orientação para exercer uma *intervenção simbólica*, cujo objetivo principal seria o de promover a imagem do monarca como o dispensador da justiça. Com isso, havia muito menos a preocupação com uma efetividade da intervenção normativa disciplinadora das condutas penalizadas na lei e mais do que essa lei deveria representar (HESPANHA, 1993, p. 292). Outro aspecto destacado é o papel do Rei como o sumo dispensador da justiça e da graça, sendo este o principal objetivo do direito real, “que em termos de normação e punição efectivas, ele se caracteriza, mais do que por uma presença, por uma ausência” (HESPANHA, 1993, p. 297).

⁹ Diáspora Africana ou Diáspora Negra são conceitos que buscam descrever o processo e migração forçada dos povos africanos ocorrido na Modernidade para alimentação de mão de obra do sistema de produção colonial nas Américas. Para Silva e Xavier (2018): “Diáspora pode ser entendida como um conceito com múltiplos significados. Em termos gerais o termo diáspora tem designado a dispersão forçada do povo africano pelo mundo atlântico especialmente no hemisfério ocidental [...]. O surgimento deste conceito foi originalmente tirado da bíblia a partir das traduções gregas, baseando-se na etimologia muito citada do termo do grego dia que significa ‘através’ e *speirein* que significa “semear” ou “Dispersão”. O termo é encontrado no livro do Deuteronômio 28:25. [...] Os primeiros usos do conceito diáspora africana e atlântica estão ligados aos chamados Estudos Africanos surgidos também na década de 1960 nas disciplinas de História da África e Estudos Afro-americanos. [...] Estes estudos fortaleceram uma área que já existia e foi alimentada pelas investigações realizadas desde o início do século XX que tinha colaboradores como W.E.B. Du Bois, Arthur Alfonso Schomburg, Anna Julia Cooper, CLR James, Eric Williams entre outros que ao trabalharem com o Pan-africanismo já pensavam o sentido de diáspora. Estas investigações ampliaram o discurso de internacionalismo e procuraram conjugar os interesses culturais e políticos dos povos africanos com as de seus descendentes”.

Era, portanto, um modelo de punição compartilhada, altamente disseminado na realidade colonial brasileira, com dimensões difíceis de serem compreendidas hoje e que tinha na disciplina produtiva no plano local e na manutenção do sistema escravista no plano geral o seu maior vetor (HESPANHA, 2016, p. 71-81).

É o escopo deste capítulo pesquisar as manifestações da punição não só no campo da construção das leis do Estado, mas sobretudo na organização local, seja por meio da análise dos Manuais de Agricultura publicados no século XIX, que oferecem uma dimensão de leitura das práticas de correção e aplicação de castigos domésticos no âmbito dos engenhos, das fazendas, dos plantéis, das “Casas”, onde se manifestava o espaço de proeminência do poder dos senhores de escravos, seja por meio da análise das Posturas Municipais, que dão uma dimensão da pluralidade das esferas locais de punição no âmbito no Estado Nacional brasileiro.

1.1 A PUNIÇÃO COMO PRERROGATIVA DE SENHORES: JURISDIÇÃO PRIVADA E EXERCÍCIO DO DIREITO DE CASTIGAR

Um dos objetivos deste capítulo é a busca por um sentido histórico-jurídico da punição senhorial escravista¹⁰, como ela se desenvolve, em que estruturas jurídicas e sociais ela ganha formas próprias, se legitima e sobretudo, como esta manifestação d’o *penal* se articula com o direito penal moderno. A punição no contexto dos engenhos, dos plantéis, das atividades urbanas da escravidão negra no Brasil deve ser entendida como um exercício de poder exclusivo do senhor de escravos em face não só da emanção do seu direito de propriedade, mas especialmente da prerrogativa que lhe confere o seu status jurídico de *pater familias*.

Ilmar Hohloff de Mattos (1987, p. 119) destaca a importância do governo da casa para a compreensão das relações sociais e jurídicas brasileiras oitocentistas. “Governar a Casa era governar a família”, sendo este aspecto distintivo de status social central naquela sociedade de estratificação verticalizada. A família era compreendida como o próprio fundamento daquela sociedade. Neste sentido, é importante a formulação do conceito de República de Jean Bodin (2011, p. 71), para quem “República é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com o poder soberano”. Esta noção comum naquele momento determinava o imaginário

¹⁰ O termo “justiça senhorial” ou “punição senhorial” utilizado ao longo do trabalho quer designar a manifestação do poder de jurisdição dos senhores de escravos no âmbito doméstico, não se referindo, portanto, às jurisdições dos senhorios comuns no período colonial brasileiro.

jurídico e social sobre os poderes disponíveis para o governo da Casa e do Estado e delimitava as prerrogativas jurídicas dos seus detentores: o *pater familias* e o Rei.

A Casa era compreendida dessa forma, como um espaço de jurisdição (*iurisdictio*¹¹), um lugar onde se estabeleciam poderes próprios em suas próprias disciplinas: “Um mundo onde métodos doces de controle combinavam-se com métodos nada doces, como a palmatória e o chicote” (SEELAENDER, 2017, p. 329). Para Mattos (1987, p 119) o governo da Casa consistia no exercício pleno do monopólio da violência pelo seu detentor¹².

Este aspecto da Casa deve ser entendido como espaço representativo de uma longa tradição do direito do Antigo Regime português que se arraigou durante o processo de colonização possibilitando não somente a compreensão de aspectos jurídicos, mas especialmente da sociabilidade senhorial. A Casa era, portanto, “correspondente a uma estrutura socioeconômica, política e familiar frequentemente vista, no passado, como a unidade básica da comunidade e mesmo como o modelo natural de organização, base para a constituição do Estado” (SEELAENDER, 2017, 330).

No contexto colonial mais amplo, destaco o estudo sobre o governo da “Casa povoada” (*Casa poblada*) de Romina Zamorra (2017) na história do direito colonial argentino. A “Casa povoada” representava, de um lado, a capacidade de um *pater familias* de aglutinar em sua órbita uma quantidade maior de relações de dependência, demonstrando, assim, um atributo do poder privado. Povoar a casa, ornando-a não somente de seus aspectos corpóreos, mas especialmente os incorpóreos, demonstrava a capacidade do exercício do poder patriarcal, a partir do estabelecimento de relações de dependência (agregados, aldeados, escravos, etc). Este poder, centrado na figura do amor paterno e nas relações de docilidade, demonstrava a capacidade de bem governar a Casa – de povoá-la -, conferindo por consequência ao *pater familias* os atributos (*status*) do governo da cidade (da *Res publica*).

Como bem delimitado por Seelaender (2017), para a compreensão da história do direito brasileiro é necessário escrevê-la a partir de se suas próprias experiências, sob pena de inevitáveis equívocos e quedas em armadilhas teóricas que tendem a ignorar nossas formas

¹¹ Quando utilizamos o termo *iurisdictio* queremos nos remeter a uma potestade, ou seja, um poder ou uma prerrogativa de dizer o direito e de lhe aplicar, para melhor exemplificar nos remetemos a uma citação de Bartolomé Clavero (2017, p. 14-15): “A *iurisdictio*, a dicção ou declaração desse direito objetivo” e “*iurisdictio*, jurisdição, pronunciamento ou declaração do mesmo [direito]”.

¹² “Governar a escravaria consistia em não apenas fiscalizar o trabalho da massa de escravos, ou em escolher com acerto os feitores e saber evitar-lhes a exagerações, mas sobretudo em criar condições para que as relações de poder inscritas na ordem escravista fossem vivenciadas e interiorizadas por cada um dos agentes dominadores ou dominados. Governar a Casa era exercer, em toda a sua latitude, o monopólio da violência daquilo que a historiografia de fundo liberal denominou chamar de poder privado” (MATTOS, 1987, p. 119-120).

particulares de sociabilidade e construção de juridicidade. Neste contexto da Casa, enquanto um empreendimento da economia colonial, o escravo era compreendido não somente em seu *status* jurídico civil (análogo a uma coisa) dentro do universo do direito do Antigo Regime português, mas ele se transforma num elemento constitutivo da instituição familiar, sujeito, portanto, à obediência e submissão do chefe de uma família cristã, essencialmente hierarquizada e patriarcal.

Aqui então precisam ser delimitados os alcances dos significados dos direitos e obrigações que circundavam esta instituição, compreendida por sua sacralidade e sustentáculo do *corpus* social. A família do Antigo Regime pode ser pensada como a metáfora da “carne de uma só carne”, figurando na representação social do corpo humano. Em seu interior cada parte tinha sua função específica e natural que determinava o funcionamento orgânico e harmônico deste corpo humano. O chefe de família patriarcal (o *pater familias*) normalmente era representado como a cabeça do corpo (HESPANHA, 2006, p. 150-166).

Esta é forma orgânica caracteriza uma das formas de manifestação da soberania da antiguidade à modernidade, enquanto a “metáfora corporativa”, ou seja, uma comunidade política constituída à imagem de um corpo vivo: “A *respublica* é um corpo [...] e como partes de um corpo vivo devem ser compreendidas as articulações da comunidade política” (COSTA, 2010, p. 106). Esta representação imagética corporativa se repetiria até a sua formação nuclear, a família.

O mundo familiar e doméstico era compreendido por seu caráter orgânico, natural e divino, dele resultando deveres recíprocos entre os membros familiares: entre marido e mulher, entre pais e filhos e entre o *pater familias* e sua comunidade de bens e trabalho, local onde os escravos se inseriam (HESPANHA, 2015, p. 269 e ss).

Essa ampla comunhão de pessoas e bens que constituía a família patriarcal buscava na premissa das obrigações mútuas uma importante fonte de ordenação, funcionamento e compreensão desta instituição. Com a esposa, haviam os deveres maritais e sexuais vinculados à reprodução e constituição da prole, com os filhos os deveres de obediência, gratidão e obséquio, aqui incluídos os deveres de trabalho gratuito em prol do interesse familiar para os filhos não emancipados (HESPANHA, 2006).

O *pater familias* deveria oferecer aos filhos a educação cívica, moral e espiritual, o letramento, o aprendizado de um ofício, além do dever de alimentos que incluíam a habitação, a comida e o que de beber e vestir, devendo ainda providenciar o matrimônio. A obediência era uma importante obrigação dos filhos, que deveriam acatar e respeitar as decisões do pai, caso

contrário caberia a este o poder/dever de castigo dos filhos, assim como de outros membros desobedientes, aplicando nos limites da *moderata domestica correctio*, o que impedia que os castigos fossem cruéis e causassem ferimentos, até mesmo a morte (HESPANHA, 2006, 162-163).

Estando os escravos sujeitos ao *patria postestas* também eles deveriam seguir o regime doméstico dos deveres recíprocos, uma vez que constituíam elemento do *corpus* familiar. Os deveres dos senhores estavam desenhados dentro desta cosmologia orgânica em que as obrigações dos servos seriam a de oferecer seu trabalho e obediência como forma de retribuir os deveres senhoriais, num jogo misto que os ligava: senhor e coisa, sujeição e dominação.

O direito de correção, entendido como prerrogativa de jurisdição do governo doméstico pelo *pater familias*, busca suas bases no direito romano, mas ele assume formas diversas, considerando o tempo e o lugar de análise. Na tradição do direito romano, a correção era um *modus* do exercício de poder exclusivo a autoridades e jurisdições domésticas, exercendo-se sobre condutas e ilícitos que fugiam ao controle do sistema oficial de punição. Eram atos que entravam na seara no proibido sem necessariamente enquadrarem-se no conceito de delito ou contravenção e sim entendidos como erro ou falta (RANGEL, 2020, p. 47).

A regulação romana do direito de castigar esteve inserida no âmbito do *Corpus Iuris Civilis*, de onde se destaca o *Codex* (Livro 14¹³ e 15¹⁴) que tratou do instituto da *emendatio*, uma prerrogativa de jurisdição privada derivada do poder doméstico próprio da concepção de *potestas* do *pater* sobre os filhos e sobre os escravos. A disciplina da *emendatio* dos escravos estava disposta no Livro XIV do *Codex*, no título *De emendatio servorum*, enquanto que o Livro XV cuidava da correção dos membros da família pelo pai ou pelos mais velhos na falta dele.

¹³ Codex Book 9.14.1. (*De emendatione servorum*) Emperor Constantine to Bassus:

If a master punishes his slaves with rods or straps, or throws him in chains in order to keep him in custody, he need have no fear of a charge of a crime if the slave should die, no matter when that may be. 1. But he must not use his right immoderately, and will be accused of murder if he kills him by a blow with a cudgel or a stone, or inflicts a mortal wound on him with a weapon, or directs him to be suspended by a rope, or foully commands him to be pushed down from a dangerous place, or administers poison to his veins, or lacerates his body by methods used in punishing certain public crimes, (namely) causes his sides to be cut by claws like those of wild beasts, or causes his limbs to be burned by fire, or applies instruments of torture causing the dark blood and gory matter to flow from, and waste away, his limbs, and thus by savage cruelty compels him to surrender his life". Disponível em: https://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/_files/docs/book-9pdf/book9-14.pdf Acesso em 12/10/2020.

¹⁴ Codex Book 9.15.1 (*De emendatione propinquorum*). "Emperors Valentinian and Valens to the Senate. We grant the older relatives the right to correct minors in proportion to the character of the offense, so that those who are not induced to observe decorum in life by praiseworthy examples in the family may be compelled to do so by correcting them by chastisement. 1. We do not give unlimited discretion in punishing faults of conduct, but paternal authority may correct, and by private punishment restrain, in erring ways of a youthful relative. If the deed is so atrocious that it exceeds the right of correction at home, the persons guilty thereof must be delivered over to the judge to be dealt with by him" Disponível em: http://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/_files/docs/book-9pdf/book9-15.pdf Acesso em 12/10/2020.

No decorrer da tradição romana, este direito que se apresenta num primeiro momento exclusivo do foro do pai, passa gradativamente a ser limitado pelo poder público até o período do Império, onde começa a ser compreendido enquanto uma permissão de castigo dada pela *Res publica* aos pais, com limites e preceitos (RANGEL, 2020, p. 48-49).

Caso excedesse a moderação no exercício da *emendatio*, o senhor poderia ser acusado de crime, entretanto, a delimitação destes limites ficavam restritas ao conceito de moderação e numa análise estritamente casuística. Observo que, a despeito das limitações impostas pelo direito romano, quando da ocorrência de morte do escravo após a aplicação do castigo, esta era considerada como um acidente, não cabendo ao mestre responder acusação por homicídio, numa lógica inserida dentro do direito de vida e morte do senhor – *vitae necisque potestas* (RANGEL, 2020, p. 48-49).

Esta sistemática da regulação romana sobre a ocorrência de morte do escravo em decorrência de aplicação de castigos pode ser lida a partir da regulação do art. 14, § 6º do Código Criminal do Império¹⁵, que excluiu a culpabilidade do senhor que aplicou os castigos de forma imoderada.

Ao longo da tradição Romana, especialmente no período do Império sob o regime dos imperadores Adriano e Antônio, visando refrear a tirania dos senhores e os excessos cometidos nos castigos executados contra seus escravos, desenvolveu-se a máxima resultante na obrigação de o senhor vender seu escravo a outro em caso de ser condenado por excesso na execução dos castigos considerados imoderados (NEQUETE, 1987, p. 4).

No processo de conhecimento e apreensão do direito romano pelos juristas medievais, este conceito de castigo passa a ser reorientado a partir de preceitos da teologia bíblica e por institutos do direito canônico. Os conceitos de violência lícita e ilícita (*vis licita e vis illicita*), ajudam a formar um entendimento de que a violência doméstica é um exercício de violência.

Os juristas medievais reinterpretarão o direito de castigar como uma violência lícita (*vis licita*), aceitável de acordo com a realidade jurídica e social da época, ou seja, na correção medicinal e na proibição de seu exercício atroz, tendo na piedade a função de limite ético, jurídico e cristão de legitimidade (RANGEL, 2020, p. 51 e ss).

¹⁵ O Art 14, § 6º do Código Criminal do Império introduziu uma causa de excludente de ilicitude para o caso de a conduta ser resultante de castigos moderados:

“Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição d'elle:

(...)

6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade d'elle, não seja contraria ás Leis em vigor”

Retomando ainda sobre o conceito de Casa, destaco que na sua relação com o Estado a “casa deveria conservar uma ampla autonomia, regulando seu autogoverno por um saber específico”. Este saber se dava pela concepção difundida do governo, cujo exercício deveria se dar de forma paralela ao governo estatal (SEELAENDER, 2017, p. 331).

Neste contexto, importante destacar a iniciativa de padres jesuítas setecentistas¹⁶ que publicaram tratados que buscavam, dentre outros assuntos, discutir o governo dos senhores sobre os escravos, incluindo a disciplina dos castigos domésticos. O Padre Antonio Vieira foi o primeiro a destacar em seus sermões a importância do dever de castigo dos senhores para uma boa gestão da produção escravista, não tendo publicado nenhuma obra específica a respeito.

O missionário Jorge Benci de Arminio, publicou em 1700 em Roma a obra *Economia christã dos senhores no governo dos escravos*, atendo-se principalmente ao problema da legitimação jurídico filosófica sobre o domínio senhorial no exercício do governo doméstico escravista. Uma década depois, no ano de 1711 André João Antonil publica em Lisboa sua obra intitulada *Cultura e Opulencia do Brazil, por suas drogas e minas*, onde apresenta o Brasil e suas riquezas aos interessados em fazer fortunas no além-mar, deixando um espaço importante da obra para tratar sobre como tratar os escravos, discutindo também a importância dos castigos na gestão do engenho.

Por último, Manuel Ribeiro Rocha, padre e jurista letrado formado em Coimbra, natural de Lisboa, tendo também atuado no Brasil, publica em 1758 o seu *Etiope resgatado, empenhado, sustentado, corrigido, instruído e libertado*, onde apesar de contestar do ponto de vista jurídico o fundamento da escravização africana, compreende a importância do poder paternal dos senhores na educação, formação religiosa e na emenda dos escravos como forma de moldá-lo para uma vida em liberdade a partir dos preceitos católico cristãos.

Estas obras que iniciaram uma tradição de discorrer sobre a gestão escravista do ponto de vista do domínio dos senhores sobre seus escravos, buscaram construir as suas narrativas dentro de uma linha de argumentação fortemente influenciada pela teologia cristã dos deveres

¹⁶ A este aspecto, destaco a obra de Silvia Hunold Lara, que buscou compreender a violência escravista no contexto da *plantation* e a sua função enquanto elemento do controle social da mão de obra escrava no centro da produção: LARA, Silvia Hunold. *Campos da Violência: escravos e senhores na capitania do Rio de Janeiro – 1750-1808*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. Neste trabalho a autora procurou desconstruir o mito da escravidão branda brasileira, partindo da relação entre violência e escravidão para entender nas relações cotidianas escravistas formas de imposição da dominação senhorial por meio da violência enquanto instrumento de poder. Além de se utilizar de processos criminais como fontes de análise, a autora procurou nos teóricos setecentistas aqui utilizados para apontar as bases da filosofia teológica que dava sustentação a práticas punitivas domésticas escravistas. Autores como Benci, Antonil e Ribeiro da Rocha foram utilizados como forma descritiva desses processos. Não foi objeto de sua análise dar conta das questões jurídicas sobre a fundamentação dessas práticas no contexto do direito aplicado na Colônia.

recíprocos, cujo grande ponto de sustentação se centrava na passagem do *Eclesiástico* (4:35), e também pela filosofia aristotélica da *oekonomia* (o governo doméstico)¹⁷, para desenvolver as suas posições de defesa sobre como deveria ser o governo dos escravos pelos senhores, ou seja, como deveria se dar o exercício do direito de castigar e do poder de sujeição do senhor sobre os escravos.

No *Eclesiástico* se diz “Não quereis se como o leão, oprimindo os vossos domésticos e destruindo os escravos, ou sujeitos ao vosso poder”. O senhor deveria agir de forma a cumprir os deveres familiares, agindo com piedade e moderação, fazendo com que os deveres de sujeição e trabalho fossem cumpridos, exercendo os atributos da justiça de Deus no governo da família.

Na obra *Política* de Aristóteles (2005) também se tiram os fundamentos do poder doméstico do senhor e a sua representação. A família para este autor seria a representação do núcleo principal da sociedade natural, representada, pelo homem e mulher, e pelos escravos. O poder de sujeição do homem se dava em relação a mulher, filhos e demais membros da extensão familiar. As aldeais, sociedades, cidades e a República, formavam assim um corpo orgânico, com distinção de poderes entre cada órgão e membro.

O governo doméstico para Aristóteles seria exercido pelo chefe da família (o senhor), cuja constituição se dava pelos sujeitos livres e escravos. O poder dos senhores para com os escravos seria despótico, do homem para com a mulher marital e dos pais com os filhos paternal. O escravo, entendido como um instrumento animado (“uma propriedade instrumental animada”) da economia doméstica, cujo principal objetivo é alcançar o viver em comodidade¹⁸. O escravo é considerado então como parte da propriedade doméstica da casa, constituindo-se, assim como parte do próprio *corpus* do senhor, representando, dessa forma, uma visão orgânica. O escravo, como parte de um todo, como engrenagem da economia doméstica, deveria desempenhar as suas funções, ficando obrigado a cumprir as ordens de seu senhor, uma vez que não é dono de si.

¹⁷ “Os elementos da economia doméstica são exatamente os da família, a qual, para ser completa, deve compreender escravos e indivíduos livres, mas para se submeter a um exame separado as partes primitivas e indecomponíveis, sabendo-se que na família elas são o senhor e o escravo, o marido e a mulher, os pais e os filhos” (ARISTÓTELES, 2005, p. 14-15).

¹⁸ “A vida é uso e não produção; eis porque o escravo só serve para facilitar o uso. Propriedade é uma palavra que deve ser compreendida como parte: a parte não se inclui apenas no todo, mas pertence ainda, de um modo absoluto, a qualquer coisa além de si própria. Assim, a propriedade. Também o senhor é simplesmente dono do escravo, mas dele não é parte essencial; o escravo, ao contrário, não é só servo do senhor, como ainda lhe pertence de um modo absoluto” (ARISTÓTELES, 2005, p. 15-16).

Dentro desta cosmologia teológica e da filosofia doméstica é que se inserem os poderes e as prerrogativas dos senhores que compreendem o domínio e sujeição de seus escravos no âmbito da construção do direito português do Antigo Regime e na cultura do *ius commune* de forma mais ampla. As leis da *Res publica*, e no nosso caso, as leis seculares, não poderiam atingir o *patria potestas* porque este representava a principal fonte de legitimidade do poder daquela sociedade, a sacralidade da família delimitava o seu fundamento e lhe garantia proteção. O poder do *pater* deveria ser soberano quanto a sua jurisdição doméstica e não poderia haver intromissão do soberano da *Res publica* na sua esfera jurisdicional, sob pena de se infringir uma lei fundamental¹⁹.

A punição no contexto doméstico representava uma prerrogativa do senhor que exercia um poder exclusivo de castigar o membro da instituição familiar. Os castigos deveriam exercer as funções de punição e de disciplinamento das condutas e dos deveres recíprocos infringidos no âmbito da *oeconomia* da casa.

A complexidade da sociedade do Antigo Regime português e sua pluralidade de instâncias, extratos sociais e privilégios, resultava numa malha ampla da “geometria variável” de direitos aplicáveis (HESPANHA, 2016; HESPANHA, 2015). Neste espaço também deveriam ser observados os limites inerentes à própria instituição familiar e o regime de direitos e obrigações particulares que nela se inscreviam e que impediam o soberano de exercer seu poder real neste campo/espço.

Partindo destas premissas é possível compreender a difícil e delicada tarefa de se impor uma regulação jurídica totalizante, por meio da legislação real que estipulasse critérios específicos para a aplicação dos castigos domésticos aplicados pelos senhores aos escravos. Neste campo, o Código enquanto produto da mitologia jurídica moderna, reformista das práticas punitivas do *Ancien Regime* e enquanto elemento chave de leitura de ruptura de uma ordem jurídica, precisava ser compreendido como uma dentre as diversas ordens normativas que ainda faziam sentido em termos de tradição jurídica no bojo da sociedade brasileira, pelo menos da primeira metade do século XIX.

A ordem jurídica precedente, tradicional, pluralista, insculpida na tradição do *ius commune*, restringia a capacidade de limitação política da codificação. A ordem jurídica deste período representava muito mais a continuidade de uma noção de *justiça de juízes*, em

¹⁹ Sobre o significado do termo “lei fundamental” no direito do Antigo Regime português ver SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. In: Sequência. V 27 n 53. Florianópolis: 2006, p 197-232.

contraponto a uma *justiça das leis*²⁰ proposta pelo código. Esta ordem cultivava a imagem do juiz como um ser perfeito (*judex perfectus*), um modelo imposto a quem estava investido desta prerrogativa, alguém a ser cultuado por seus atributos transcendentais, um verdadeiro sacerdote da justiça (GARRIGA, SLEMIAN, 2013, p. 191-194; HESPANHA, 2018).

Por isto mesmo é que entendo que não deve ser considerada como estranha ou contraditória a inserção de elementos claramente tributários da tradição antiga no seio do projeto legalista do Código Criminal de 1830, tais como o art. 14, § 6º, o art. 60²¹, e o art. 308, § 4^{22º}.

É neste sentido mais amplo que deve ser compreendida a regulação da punição doméstica no processo de codificação do direito penal. Quando se analisa, por exemplo, o caso do art. 14, § 6º do Código Criminal do Império, o que está se protegendo e legitimando é o espaço paralelo da jurisdição doméstica do senhor sobre seu escravo.

Num terreno extremamente ardiloso, um poder exercido de forma dispersa e generalizada em meio a um extenso espaço territorial, o reconhecimento da prerrogativa doméstica do senhor de poder castigar seus escravos constituiu-se numa prática que se instituiu e se arraigou de forma profunda dentro da tradição jurídico-colonial brasileira, possibilitando que se mantivesse intacto, inclusive, durante toda a vigência do império, capaz de estabelecer uma intrigante e intensa convivência com o novo sistema de punição instituído no Código Criminal de 1830.

No momento em que se considera a dinâmica da punição exercida dentro do polo de produção escravista, dentro da Casa, enquanto instância de jurisdição privada e enquanto instância de administração da vida doméstica brasileira, e a sua força enquanto método de disciplinamento para o trabalho, se torna possível reconhecer a importância que este sistema exerceu na tradição jurídica brasileira e as suas implicações para a compreensão da história *do*

²⁰ A este respeito, importante a definição oferecida por GARRIGA & SLEMIAN: “respondiam ao nome genérico de *juiz* todos e somente aqueles que estavam investidos de *jurisdição*, ou seja, dotados de uma porção de poder público que lhes facultava administrar justiça (entenda-se: declarar por si mesmos o direito e impor coercitivamente suas decisões)” (GARRIGA, SLEMIAN, 2013, p. 192).

²¹ “Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar.

O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta”

²² “Art. 308. Este Codigo não comprehende:

(...)

4º Os crimes contra a policia, e economia particular das povoações, não especificados neste Codigo, os quaes serão punidos na conformidade das posturas municipaes”

penal no Brasil, a despeito do tratamento dispensado por este espectro da punição pela historiografia jurídica.

1.2 Castigos físicos e disciplina de trabalho: existirá limites ao ferro e ao açoite?

Como consequência direta do exercício do poder doméstico dos senhores sobre seus escravos, a regulação dos castigos escravistas dependia dos sabores e dissabores de cada proprietário escravista, titular de sua jurisdição particular, implicando numa extensa rede de autorregulação punitiva que permeou todo o período colonial, transpassando os limites do Império.

Neste cenário, importa destacar o problema da disponibilidade de fontes para o desenvolvimento deste estudo, já que tais regulações faziam parte do poder estritamente privado dos senhores de engenho e donos de fazendas²³, perdendo-se no tempo eventuais documentos, ao mesmo tempo em que resultava em uma grande possibilidade desta regulação de maneira verbal, acentuando a isto a um letramento reduzido da elite agrária e de pequenos fazendeiros e proprietários de escravos.

As fontes utilizadas para este estudo se constituem de obras publicadas por autores brasileiros do século XIX que escreveram sobre a regulação dos castigos em manuais agrícolas. Fazem também parte da análise fontes do governo imperial que trataram do problema dos castigos escravistas e as suas limitações.

Considerando a importância de muitos trabalhos afetos a história social e a história do direito que já trataram direta ou indiretamente do tema proposto na presente pesquisa (RAMOS,

²³ A este respeito, destaco as prescrições de um documento do Século XVII: “Regimento que há-de guardar o Feitor-mor de engenho para fazer bem sua obrigação e descarregar bem sua consciência e, pelo contrário, dará a Deus e ficará obrigado a restituição ao dono da fazenda” de 1663 de João Fernandes Vieira (In: MELLO, 1981, p 257-258): “Castigar os negros. O castigo que se fizer ao escravo não há-de ser com pau nem tirar-lhe com pedras nem tijolos e quando o merecer o mandará botar sobre o carro e dar-se-á com um açoite seu castigo; e, depois de bem açoitado, o mandará picar com navalha ou faca que corte bem e dar-se-lhe-á com sal, sumo de limão e urina e o meterá alguns dias na corrente. E sendo fêmea, será açoitada à guisa da baiona dentro de uma casa com o mesmo açoite”.

1942²⁴; GOULART, 1971²⁵; NEQUETE²⁶, 87; LARA, 1988; RIBEIRO, 2005; PIROLLA, 2012; COSTA, 2013) é que se pretende uma aproximação metodológica entre os dois campos do conhecimento (História social e História do direito), buscando imprimir a importância da compreensão do direito enquanto “mentalidade” e da “dimensão jurídica” na sociedade imperial oitocentista relacionada especificamente aos instrumentos jurídicos de punição e a sua regulação e funcionamento, até o novo modelo punitivo proposto com os Códigos de 1830 e 1832.

Objetivo com isso pontuar a importância de se observar como se deu a construção de um modelo punitivo que em sua retórica pretendeu romper com premissas coloniais de punição, mas que na sua prática necessitou prestar contas a este mesmo modelo ante a vigência mútua de uma estrutura de punição liberal e um modelo de punição colonial escravista.

Rafael de Bivar Marquese (2004) se interessou pelo estudo dos manuais agrários do século XIX. Na obra *Feitores do corpo, missionários da mente: senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas, 1660-1860*, este autor procurou responder como se deram as ideias e as técnicas de administração escravista no Brasil, assim como em outras experiências americanas como em Cuba e nos Estados Unidos.

O foco principal de Marquese é, portanto, a discussão das formas de gestão da produção escravista nas Américas, partindo da análise das obras dos jesuítas e dos manuais de agricultura aqui trabalhados, com vistas a apontar as linhas gerais em que essas ideias foram desenvolvidas. Observo que o caráter específico e propriamente jurídico da punição escravista como uma via de exercício da punição no império não foi abordado por este autor.

No campo da história do direito pouco foi produzido sobre o tema. Destaco aqui os trabalhos de Nilo Batista como *Pena pública e escravismo* (2007), dentre outros²⁷, que tem o objetivo de colocar a questão da necessidade de um estudo aprofundado pela historiografia do

²⁴ Artur Ramos foi o primeiro estudioso a trazer para discussão o tema dos castigos escravistas, quando publicou o artigo Castigos de Escravos em 1941, republicado em 1942 na obra *A aculturação negra no Brasil*. O trabalho desenvolve o tema a partir da descrição das práticas de punição de escravos desde a captura, entrada nos mercados na África, passagem pelo tráfico transatlântico, até o desembarque nas Américas e especialmente no Brasil, onde passa a descrever os instrumentos de punição, formas de utilização e seus objetivos

²⁵ A obra de José Alípio Goulart, *Da palmatória ao patíbulo (castigos de escravos no Brasil)*, publicada no ano de 1971 é importante para o estudo do tema proposto, tanto pelo resgate da questão inicialmente trazida por Artur Ramos, quanto para a consulta em fontes históricas cuja pesquisa individual colocaria grandes impecilhos.

²⁶ Lenine Nequete no artigo *Os açoites: castigo e pena (1987)* procurou distinguir a aplicação dos açoites no Brasil, ora sendo aplicado como castigo e ora sendo aplicado como pena, introduzindo algumas questões abordadas neste trabalho. Entretanto, este autor não imprimiu ao tema dos castigos escravista o recorte que pretendo neste trabalho, de inseri-los na discussão do modelo de punição brasileiro criado com a advento da codificação penal a partir do conceito de duplo nível de legalidade.

²⁷ A este respeito ver: BATISTA, Nilo. Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira. Rio de Janeiro: 2016; e Zaffaroni, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

direito que considere a importância do direito de castigar dos senhores na configuração do sistema de punição imperial.

Outros autores partiram da problemática da punição no Código Criminal de 1830 a fim de compreender a sua relação com as implicações da escravidão (RIBEIRO, 2005; SONTAG, 2020). Suas abordagens serão melhor analisadas no próximo capítulo onde discutirei o duplo nível de legalidade na codificação penal do Império.

Não é objetivo deste trabalho repetir as análises já realizadas pelos estudos dos historiadores sociais, mas sim estabelecer um diálogo possível a fim de se chegar a outras conclusões em face das perguntas aqui formuladas. Pretendo estabelecer um diálogo entre os estudos de história social apontados e a proposta de Nilo Batista, buscando compreender a importância dos castigos escravistas na formação do direito penal e no sistema penal que se instituíram no nascimento do Estado Nacional Brasileiro.

Para tanto, importante compreender não somente o *locus* jurídico em que estavam inseridas (família, fazenda, engenhos, casas) essas formas diversas de punição, como acima foi feito, mas principalmente entender se e como eram realizadas tais regulações e se haviam, e quais limites se impunham para o exercício da punição senhorial.

Como já assinalado, os castigos escravistas são o resultado de práticas coloniais de longa duração arraigadas nas práticas sociais e também na mentalidade jurídica da sociedade brasileira do Antigo e Regime e também do período imperial, passando a refletir numa esfera de jurisdição paralela aos comandos legais metropolitanos.

A este respeito, é possível perceber uma regulação da legislação portuguesa sobre a escravidão muito mais voltada ao tráfico negreiro transatlântico e toda a forma de taxação da entrada da mão de obra escrava que revertia ganhos a Coroa, do que propriamente relacionada ao caráter jurídico da escravidão e os limites impostos aos senhores quanto ao tratamento dos escravos.

Entretanto, é possível também verificar tentativas de regulação metropolitana nas prerrogativas de punição dos senhores sobre seus escravos²⁸. Porém, já naquele período o

²⁸ Em Carta Régia de 20 de julho de 1642 o Rei de Portugal ordena ao governador do Rio de Janeiro “que constando-lhe se dessem desumanos castigos aos escravos, obrigasse aos senhores a vendê-los com favoráveis condições, mas esta determinação não chegou a ser executada” (In: LARA, 2000, p. 167); Recorrendo a este tema, agora provavelmente preocupado com as repercussões dos casos de rebeliões e fugas nas capitâneas do norte e do caso do Quilombo de Palmares, o Rei de Portugal em Carta régia de 20 de março de 1688 ordenado ao Governador Geral do Brasil providências para fazer parar os castigos cruéis contra escravos: “Eu el-rei vos envio muito saudar. Por ser informado que muitos dos moradores dessa capitania que têm escravos lhes dão muito mau trato e os castigam com crueldade, o que não é lícito aos senhores dos tais escravos, porque só lhes podem dar aquele moderado castigo que é permitido pelas leis; e desejando evitar que os pobres escravos padeçam sobre lhes faltar

resultado do choque de poder entre os interesses portugueses e os interesses dos senhores escravistas coloniais foi a vitória da jurisdição doméstica escravista de punição sem interferência real capaz de exercer qualquer regulação relevante.

Os conflitos entre o exercício dos direitos dos senhores de escravos no campo colonial tinham como fundamento a manutenção hígida do poder e da soberania destes no que se refere a jurisdição dos direitos na esfera privada, ou seja, dos direitos do senhor sobre os membros da família, bem como dos domésticos e escravos, e, portanto, sobre a própria proeminência da jurisdição senhorial em face do poder real. No caso brasileiro, o direito dos senhores mostra ter prevalecido em face das posições e da política metropolitana.

Estes conflitos vão se intensificar com a independência de Portugal e o advento do Estado Nacional brasileiro que vai passar a reivindicar para si a prerrogativa de punição e de contenção escrava, invadindo em muitos casos as esferas de jurisdição privada.

a liberdade e a vingança de seus senhores, sou servido que, de hoje em diante, em todas as devassas gerais que se tirarem nesse Estado, se pergunte pelos senhores que com crueldade castigarem seus escravos e que aqueles que o fizerem sejam obrigados a vendê-los a pessoas que lhes dêem bom trato e que, havendo quem denuncie perante as Justiças dos senhores que na forma referida castigarem cruelmente os seus escravos, se lhes tomem as denúncias e ainda as que derem os mesmos escravos castigados; e no caso que se não provem as denúncias ou querelas serão pelas Justiças notificados os senhores dos tais escravos que, por esta causa, lhe não façam dano algum” (In: LARA, 2000, p. 198). A Carta Régia de 23 de março de 1688 determina providências expressas para processamento e punição dos senhores que forem denunciados por castigarem seus escravos de forma excessiva e cruel, por proibição das leis e da caridade: “Por ser informado que alguns dos moradores desse Estado que têm escravos os castigam com crueldade, excedendo aquela moderação que é permitida aos senhores quando castigam aos escravos, não somente obram contra a proibição das leis, mas também contra a caridade do próximo o que por toda a razão se deve evitar, sou servido ordenar-vos que tomeis informações verbais e sumárias do modo com que os senhores tratam aos seus escravos e, achando que alguns excedem a moderação que lhes é permitida, os castigueis arbitrariamente e, quando acheis algum compreendido em excesso grave, o fareis processar sumariamente remetendo ao ouvidor-geral o conhecimento do excesso para que o sentencie camerariamente com ministros que lhes nomeardes por adjuntos, evitando quanto vos for possível que chegue à notícia dos escravos este remédio que se dá ao seu imoderado castigo, por se evitar que com menos justificada causa possam argüir a seus senhores e, se entender que bastará que os senhores saibam a forma em que mando proceder contra eles e achando-se alguns compreendidos em castigar com maior excesso aos seus escravos, além das penas que lhe forem dadas serão obrigados a vendê-los, com a condição que o senhor que os comprar será obrigado a tratá-los com castigo moderado. E fazendo-vos saber o arcebispo que lhe consta que algum senhor castiga aos seus escravos com crueldade e tirania procederéis contra ele na forma referida porque aos prelados ordeno que, quando lhes constar de semelhante excesso, mandem dar parte aos governadores” (In: Lara, 2000, p. 199). A determinação do Rei português causou problemas para a administração colonial, ao tentar impor por vias verticais limites ao exercício de direitos e prerrogativas senhoriais indispensáveis a manutenção da submissão sobre os escravos, levando o Governador brasileiro a requerer em agosto de 1688 que cessassem os efeitos da Carta Régia de 20 de março de 1688, o que foi atendido por El-Rei pela Carta Régia de 23 de fevereiro de 1689: “A vossa carta de 11 de agosto passado me foi presente em que me dais conta de haverdes recebido as minhas de 20 e 23 de março do mesmo ano em que vos ordenava a forma em que se devia proceder contra os senhores que imoderada e cruelmente castigassem a seus escravos, representando-me os inconvenientes que de sua execução resultavam ao meu serviço e à conservação desse Estado. E mandando ver e considerar novamente esta matéria, hei por bem que não tenham efeito as ditas ordens de 20 e 23 de março³⁰⁹ e que nesse Estado se guarde e observe o que as leis dispõem em comum sobre os senhores que a seus escravos dão imoderado castigo; e parecendo-vos necessário que aos ditos escravos conste desta minha resolução o fareis entender com algum ato positivo para se que se evitem as perturbações que entre eles e seus senhores já começam a haver, com a notícia que tiveram das ordens que se nos haviam passado” (In: LARA, 2000, p. 201).

No Aviso nº 82 de 02 de abril de 1825, o Imperador manda “castigar correcionalmente a todos os pretos” que tenham cometido pequenos roubos e depois os sejam entregues a seus senhores. Em 11 de março de 1826 o Intendente de Polícia da Corte determina que sejam fincados quantos moirões forem necessários a fim de se aplicar castigos de 100 açoites nos escravos capoeiras e que após a aplicação dos castigos sejam estes enviados ao Calabouço da cidade.

A promulgação do Código Criminal do Império em dezembro de 1830 marca, portanto, o momento em que o modelo de punição liberal proposto pelo sistema jurídico adotado passa a se estabelecer, não na linha da contradição como se poderia pensar, mas sobretudo numa trajetória de conciliação e de convivência pragmática com o modelo de punição escravista, onde será possível assistir e níveis de legalidade sobrepostos entre si, cujo principal objetivo era a contenção dos desvios escravistas, seja no âmbito privado, seja quando esses desvios tomavam dimensões maiores onde a jurisdição privada já não poderia mais impor a sua força cedendo a interferência da jurisdição pública, em si repleta de regulações e limitações políticas e jurídicas.

Diante disto, no âmbito da punição doméstica, quem deveria impor as limitações e em que bases jurídicas e conceituais? Aqui destaco importância de análise dos Manuais de Agricultura do século XIX, importantes instrumentos de difusão de um modelo de produção numa sociedade ainda marcadamente rural e escravista e que tentaram também oferecer algumas limitações, não do ponto de vista vertical, da Coroa, mas especialmente, de maneira horizontal, como balizas éticas, morais e também jurídicas disponíveis naquele cenário aos senhores de escravos.

Miguel Calmon do Pin e Almeida publicou em 1834 o seu Ensaio sobre o fabrico do açúcar²⁹, obra dedicada exclusivamente à cultura açucareira, sendo dedicada à *Sociedade d'Agricultura, Commercio, e Industria da Provincia da Bahia*, fundada por ele e alguns dos mais notáveis fazendeiros do recôncavo baiano no ano de 1832.

O Marquês de Abrantes foi um influente fazendeiro e político da época, foi egresso do curso de Direito de Coimbra, voltando ao Brasil no ano de 1822, quando participou ativamente do processo constituinte, representando a província da Bahia como deputado. Influente e

²⁹ Para o presente trabalho será utilizada a edição fac-similar publicada no ano de 2002 pela Federação da Indústria do Estado da Bahia na série “Documentos Históricos”, extraída de um dos poucos exemplares existentes, encontrado na Biblioteca da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP: ALMEIDA, Miguel Calmon Du Pin e (Marquês de Abrantes). Ensaio sobre o fabrico do açúcar. Salvador: FIEB, 2002 (Edição fac-similar da obra publicada na Bahia, pela Typographia do Diário, em 1834).

defensor da monarquia e do governo de D. Pedro I, onde ocupou a pasta da Fazenda entre 1827 e 1828 e em 1830 ocupou a pasta de Negócios Estrangeiros³⁰.

Homem culto, Miguel Calmon se influenciou pelas teorias liberais e pelo modelo industrial da Inglaterra, aspectos que podem ser percebidos da leitura da obra que teve que debater intensamente com a realidade brasileira, especialmente a continuidade do escravismo e o fim do tráfico transatlântico.

O seu *Ensaio* foi dividido em três partes, sendo a primeira dedicada a justificar a importância da reforma dos engenhos de açúcar da época, a segunda parte foi dedicada a discutir os meios para a realização das reformas e a terceira parte dedicada a apresentação de um novo método para o cultivo do açúcar.

Para o estudo proposto neste trabalho, me detive ao capítulo 2º (*Falta de braços pela extinção do Tráfico*), capítulo 3º (*Da diminuição da escravatura pela mortalidade*) e especialmente pelo capítulo 13 (*Bom tratamento dos escravos*), estando neste último a disciplina dos castigos escravistas.

A obra é publicada no ano de 1834, portanto 3 anos após a vigência da lei de 7 de novembro de 1831 (Lei Feijó) que passou a proibir oficialmente o tráfico negreiro no Brasil. Portanto, devido à importância para o momento, o autor teve que abordar o tema, sendo este o objetivo do Capítulo 2º que tenta buscar formas de “enfrentar” as consequências da possível escassez da mão de obra africana, especialmente para o contexto baiano que já sofria com o desenvolvimento de outras culturas como o café o algodão.

É possível perceber da abordagem deste autor as incertezas geradas aos fazendeiros frente a limitação legal do comércio de escravos, que iam desde o debate de um incremento do tráfico ilegal de escravos por meio do contrabando até a total paralisação efetiva deste comércio.

O Marquês calcula em 20.000 o número de escravos que deveriam embarcar nos portos brasileiros anualmente, para atender as necessidades das lavouras aos níveis anteriores à proibição. A sua conclusão, frente a um horizonte de impossibilidade de chegar a este patamar pelo tráfico ilegal, seria um “vazio” causado pela carência de mão de obra, sendo esta evasão incrementada pelo aumento da demanda nas plantações do sul do Brasil que resultaria no declínio dos engenhos de açúcar (ALMEIDA, 2002, p. 4-8).

³⁰ Informações extraídas da Introdução escrita por Waldir Freitas Oliveira da obra *Ensaio sobre o fabrico do açúcar* in: (ALMEIDA, 2002, p. XIII-XXXIII).

A abolição do tráfico para Calmon poderia demonstrar a necessidade de mudança da cultura do país, um “incommodo” momentâneo, frente aos males gerados pela “introdução de tantos bárbaros, e de tantos vícios no melhor [sic] dos Paizes” (ALMEIDA, 2002, p. 7-8).

Segundo este autor, uma das saídas debatidas como alternativa ao futuro e desenvolvimento do país seria a implementação de exportação de mão de obra livre europeia por meio do sistema da colonização, ao mesmo a colonização dos livres e indígenas catequisados. Entretanto, Miguel Calmon descarta todas essas opções por entender que a urgência daquele momento não justificaria a alteração da mão de obra cativa. “Um dos graves males, que nos fez a importação d’escravos foi o de infiltrar nos *livres* a opinião absurda de que o trabalho era aviltador” (ALMEIDA, 2002, p. 13), este problema certamente demoraria a ser resolvido.

A solução seria uma conjugação do interesse individual dos senhores e do pragmatismo ao compreender que não havia meios práticos e tampouco interesse político em alteração do estado das coisas. Seria importante, assim, aplicar melhor tratamento ao seu bem mais precioso: os escravos.

Este é o ponto debatido pelo autor no Capítulo 13 - *Bom tratamento dos escravos*. Encarar a escravidão como um mal necessário, apesar de ser deplorável e contra as leis naturais e nocivo ao desenvolvimento do país.

Se a escravidão he um estado miserável; o abandono das suas victimas he o mais abominável dos crimes. A *Natureza*, que deo-nos o mais bello dos sentimentos, a compaixão; a *Religião*, que ensinou-nos a mais brilhante das virtudes, a charidade; e o *Interesse próprio*, que excita a nossa vigilância, e indústria; tudo aconselha, ordena, e obriga ao *Senhor* à que suavize o jugo da servidão, e promova a felicidade material do escravo, já que outra não lhe he dada (ALMEIDA, 2002, p. 57, grifo do autor)

Desta forma, atendendo aos princípios cristãos de humanidade, de caridade e aos interesses próprios dos fazendeiros, o Marquês de Abrantes aconselha que o tratamento dos escravos deveria ser pensado na conservação da sua mão de obra.

Conclui do autor: “que por longos anos seremos também forçados á ceder à mesma *razão de utilidade*, e á *mesma tolerância*. E sendo isto assim, como poderá um Proprietario conservar junto á si trabalhadores, que acudão à sua voz, fação o seo serviço” (ALMEIDA, 2002, p. 59, grifo do autor).

Ao problema da instituição legal do fim do tráfico, Almeida coloca algumas questões importantes que tentará responder:

Como conservará valioso o seo Predio, cuja importância será nenhuma logo que lhe falem os braços? Como manterá o seo patrimônio rustico, a fortuna se seus filhos, as esperanças de sua prole? O recurso do recrutamento Africano acabou; e por mais que

alguns o desejem, o trafico não voltará. Que meio pois resta? Um só; o de promover a conservação da vida dos actuaes escravos, e a sua reproducção (ALMEIDA, 2002, p. 59).

A fim de enfrentar o problema inevitável da escassez da mão de obra escrava no Brasil, o Marques de Abrantes propõe uma economia interna que pudesse dar conta da conservação e reprodução da mão de obra já existente no Brasil:

eh evidente o interesse, e grande interesse que tem hoje qualquer Senhor em tratar bem sua escravatura. Este bom trato deve consistir – 1.º em alimentar o escravo – 2.º dar-lhe alguma propriedade – 3.º procurar casa-lo – 4.º tratar dos seus filhos – 5º permitir-lhe alguns recreos – 6.º cura-lo em suas enfermidades – e 7.º castiga-lo com moderação (ALMEIDA, 2002, p. 59).

Na sua visão mais atenuada do tratamento aos escravos, Miguel Calmon aconselha que o escravo deva ter uma pequena porção de terra, ao mesmo tempo incentiva o casamento escravo com vistas a reprodução e ao aumento da propriedade do senhor. Para ele, estas medidas poderiam servir como um “poderoso meio para distrahi-lo [o escravo] das idéias inseparáveis da sua triste condição” (ALMEIDA, 2002, p. 60).

Para o Marques de Abrantes, é importante o senhor conceder ao escravo ao mínimo alguma recreação, “*Panem et Circenses*”, para que escravo possa se divertir e esquecer momentaneamente os pesos dos seus grilhões. “Logo que o escravo se abstenha d’aguardente, e outros excessos, nenhum Senhor deve reprimir a sua alegria” ((ALMEIDA, 2002, p. 61-62).

Aliado a todos os conselhos de melhoramento da vida e da saúde dos escravos, a disciplina da correção não foi esquecida. Dentro da cosmologia cristã dos deveres recíprocos que parece exercer alguma influência na obra de Almeida, o castigo é antes de tudo um dever do senhor:

he tambem um dever do Senhor corrigir, e castigar o seo escravo; mas a humanidade, a Religião, a conveniência própria, e felizmente até as nossas Leis antigas, e direi mesmo até os nossos costumes, exigem que a correccão seja oportuna, e o castigo moderado (ALMEIDA, 2002, p. 63)

Ao refletir sobre a importância da correção aos escravos, Almeida primeiro afirma que a o “estado de abjecção” do escravo o impossibilita a educação, já que o escravo é um indivíduo desprovido de racionalidade e que costuma servir mais à força física do que as aspirações e sentimentos morais do homem: “Quase sempre a correccão verbal causa nelle o mesmo efeito, que produz no ar o estampido do canhão – que passa, e perde-se sem deixar vestígio algum: e daqui vem a dolorosa necessidade do castigo corporal” (ALMEIDA, 2002, p. 63).

Apesar dessa conclusão, o autor entende que mesmo entre os escravos, há exemplos de indivíduos que acabam por transgredir a regra da animalidade escrava, e para isso oferece um exemplo: “Um *filho* Feitor, castigando por ordem do Senhor a todos os parceiros, quando

chegou ao pai entregou-lhe a palmatória, e oferecendo-lhe as mãos” (ALMEIDA, 2002, p. 63, grifo do autor).

Sendo, portanto, proveniente dos costumes portugueses e brasileiros, os castigos corporais precisariam ser administrados a partir do princípio da moderação na sua aplicação, já que se executado com excessos, segundo o autor, as leis assim o proíbem: “Disse também, que nossas Leis, e costumadas recommendão moderação; porque em verdade (honra seja feita ao carcter Portuguez, e Brasileiro!) nunca entre nós foi sancionada pelo Soberano, nem admitida pelo Povo uma só pratica barbara” (ALMEIDA, 2002, p. 64).

Por fim, o autor aconselha o uso da prisão como forma de limitar a cólera do senhor na aplicação dos castigos e de preservação da vida e da saúde do escravo, atendendo aos seus postulados que defendem a conservação e reprodução da mão de obra cativa nas fazendas brasileiras:

Cumpre, por tanto, que o castigo não degerene em vingança, e que a correcção não tome a côr da barbaridade. Em um meio eficaz para evitar os efeitos da cólera (que tem sido muitas vezes fatal) he o de prender o delinquente, e puni-lo no dia seguinte. Muito ganhará o Senhor, que assim praticar (ALMEIDA, 2002, p. 65)

Importante notar que a disciplina de castigos proposta pelo Marquês de Abrantes, visa atender notadamente a sua função de manutenção e de reprodução da mão de obra cativa nas fazendas. As conclusões deste autor têm como pano de fundo o horizonte desenhado com a proibição do tráfico atlântico em 1831, analisando a realidade das fazendas com possíveis perdas de mão de obra anuais. Por isto a indicação do casamento entre escravos e o estímulo a reprodução da mão de obra das fazendas eram uma opção por ele apontada.

De fato, este autor tentou conjugar preceitos liberais a uma realidade escravista, passando a efetuar cálculos pautados fundamentalmente no “interesse pessoal” dos fazendeiros, muito mais do que nas precárias condições de vida e de trabalho dos escravos, estando a sua disciplina dos castigos muito mais vinculada aos cálculos de perdas da mão de obra do que numa suposta suavização da economia escravista proposta.

Outro importante documento é o *Manual do Agricultor Brasileiro*, obra de Carlos Augusto Taunay publicada no ano de 1839, é uma importante obra que retrata aspectos do imaginário e da ideologia das elites brasileiras do período do Império. Um guia direcionado ao pequeno e ao grande fazendeiro do Brasil, aos proprietários da terra, representando a reflexão mais sintética sobre a gestão do empreendimento escravista da primeira metade do oitocentos e teve bastante adesão por parte da elite imperial (MARQUESE, 2004, p. 270). Em seus

capítulos tenta apresentar as técnicas de cultivo, de gestão do campo e a filosofia de trabalho daquele momento.

Mas esta obra não se resume a um simples modelo de tratamento da terra. Apresenta também importantes elementos de “gestão do trabalho escravo”, sintetizando a visão da época sobre a escravidão e os escravos. No que toca ao presente estudo, trata do problema da gestão da punição escravista vinculada a uma noção de disciplina rígida para o trabalho e dos castigos físicos aplicados aos escravos por meio de um leque cruel de instrumentos e técnicas de castigos corporais que sobreviveram intactos durante toda a vigência do Império.

Logo no início do segundo capítulo da obra, momento em que o autor passa a discorrer sobre o instituto da escravidão, apresenta seu conceito:

A escravidão, contracto entre a violencia e a não-resistencia, que tira ao trabalho a sua recompensa, e ás acções o arbítrio moral, ataca igualmente as leis da humanidade e as da religião, e es povos que o tem admittido na sua organização tem pago bem caro esta violação do direito natural (TAUNAY, 1839, p. 5).

No seu conceito de escravidão se percebe influências do contratualismo e do jusnaturalismo, vinculados à época, elementos que diferenciam esta fonte dos discursos dos séculos anteriores que buscavam seus fundamentos na teologia cristã e na filosofia clássica para justificar a escravização dos povos africanos. Taunay cita o exemplo de São Domingos (Haiti) para explicar na sua visão a necessidade de manutenção da escravidão no Brasil em nome da “existência nacional”:

[...] em S. Domingos, a libertação simultanea dos escravos deu cabo do systema político que coordenava aquella ilha com a metropoli; a França perdeu hum appendice interessante do seu corpo social, e hum povo preto se improvisou inesperadamente em hum lugar que jamais a ordem natural das cousas destinaria para sede de huma potencia africana (TAUNAY, 1839, p. 5).

Aqui, penso importante destacar o papel desempenhado pelo “haitianismo”, fenômeno que a historiografia sobre o século XIX no Brasil já vem debatendo há algum tempo (DIAS, 2005; CARVALHO, 2019), indicando a influência que o medo de revoltas e insurreições negras sobre o imaginário da elite brasileira e as consequências da operacionalização do medo no plano político e no campo jurídico.

Taunay já apresenta alguns elementos raciais para a justificação da dominação dos povos europeus sobre os negros, com noções de inferioridade, por exemplo neste trecho: “A inferioridade physica e intellectual da raça negra, classificada por todos os physiologistas como a ultima das raças humanas, a reduz naturalmente, huma vez que tenha contactos e relações com as outras raças, e especialmente a branca, ao lugar infimo, e officios elementares da sociedade” (TAUNAY, 1839, p. 6).

A conclusão que chega o autor é que a raça negra necessita de uma tutela perpétua:

A curiosidade, a imprevisão, as effervescencias motivadas por paixões, a impaciencia de todo o jugo e inhabilidade para se regrem a si mesmos; a vaidade, o furor de se divertir, o ódio ao trabalho, que assignalão geralmente a adolescencia dos Europeos, marcão todos os periodos da vida dos pretos, que se podem chamar homens-crianças e que carecem viver sob huma perpetua tutela (TAUNAY, 1839, p. 6).

O ódio e a indiferença ao trabalho dos escravos marcam a visão do autor sobre a necessidade de uma tutela e de uma disciplina rígida dos negros aos trabalhos da fazenda. Importante observar também sua opinião sobre o tráfico negreiro: “Nossa agricultura, já tão decahida, não aturaria no momento actual nem a libertação dos pretos, nem mesmo a real cessação do trafico”. Para ele deveria haver uma mitigação dos “piores efeitos” para que as gerações futuras “poderem livrar sem perigo da praga social [dos escravos] com que nossos geradores nos dotarão” (TAUNAY, 1839, p. 6).

Com isto, Taunay conclui que “A escravidão priva o homem livre da metade de sua virtude. Este rifão não foi feito para pretos, sim para brancos, oriundos da primeira das raças humanas, da caucasica, e até para republicanos, Gregos e Romanos” (TAUNAY, 1839, p. 6).

Esta premissa leva este autor a abrir uma linha de conclusão sobre a forma de manter a disciplina dos negros: “Qual será a mola que os podera obrigar a preencher os seus deveres? *O medo, e sómente o medo, alias empregado com muito systema e arte, porque o excesso obraria contra o fim que se tem em vista*” (TAUNAY, 1839, p. 7, grifo nosso).

Neste momento Taunay estabelece a necessidade de estipulação de um sistema de disciplina e punição dentro do campo de produção escravista:

Sempre que os homens são applicados a hum trabalho superior ao premio que delle recebem, ou mesmo repugnantc á sua natureza, **he preciso sugeita-los a huma rigorosa disciplina, e mostrar-lhes o castigo inevitavel.** Sem este meio não haveria exercito de mar ou de terra (TAUNAY, 1839, p. 7, grifo nosso).

Diante das reflexões apresentadas por Taunay sobre a escravidão e o peso que os escravos representam para o desenvolvimento do Brasil e da elite imperial, o tratamento dispensado aos escravos se justifica com uma forte disciplina capaz de regra-los na obrigação do trabalho: “Fica pois claro que sómente a mais rigorosa disciplina valerá para applicar os negros a hum trabalho real e regular (TAUNAY, 1839, p. 7).

A essa visão utilitarista da disciplina e do castigo dentro das plantações escravistas, Taunay propõe a sua opinião da necessidade de se estabelecer uma lei ou regra geral:

Eis-nos pois obrigatoriamente com huma rigorosa disciplina nos campos: e mormente nas grandes fabricas, aonde huma perpetua vigilancia e regra intran-gressivel devem presidir aos trabalhos, ao descanso, as comidas, e a qualquer movimento dos escravos, com o castigo sempre á vista. **A maior ou menor perfeição desta disciplina**

determina o maior ou menor grão de prosperidade dos estabelecimentos, sendo este ponto de interesse tão transcendente, que consideramos como o remedio mais eficaz da decadencia da nossa agricultura huma lei que fixasse a sorte dos pretos , e regularisassc em toda a superficie do Imperio o modo de os tratar, e a porção de trabalho diario que se pode exigir delles, pois que a ignorancia, a avareza, e o desleixo, de mãos dadas, cegão os donos a ponto que a voz do seu interesse bem entendido não pode ser ou vida para os resguardar que appliquem mal, exaurão , ou deixem inuteis as forças da sua escravatura (TAUNAY, 1839, p. 7, grifo nosso)

É possível observar que este autor tenta aproximar o Brasil de outros países europeus que já haviam iniciado um processo de industrialização, como a Inglaterra, quando tenta comparar a situação dos negros brasileiros como se fossem “proletarios, cujo trabalho vitalicio se acha pago, em parte pela quantia que se deu na ocasião da compra, em parte pelo fornecimento das precisões dos escravos e sua educação religiosa” (TAUNAY, 1839, p. 7-8).

O tema da disciplina dos escravos é tratado no Capítulo terceiro da obra. Taunay a coloca dentro de um modelo que engloba desde a forma de se vestir, a alimentação, vestuário, moral religiosa, indo até a importância de um sistema de castigos que seja capaz de tornar mais eficiente o trabalho dos escravos, onde se percebe a influência do discurso religioso das obrigações recíprocas, mas com limitações. “Esta disciplina [...] não póde ser invariavel, pois que as circunstancias do clima, lugar e genero de cultura por força a hão de modificar” (TAUNAY, 1839, p. 9).

Na opinião deste autor, o medo “he o unico meio de obrigar os escravos a cumprirem com o dever que a sua condição lhes impõe” (TAUNAY, 1839, p. 12). Por meio da coação física disciplinada a partir de pressupostos religiosos e racionalistas em vista dos ganhos senhorias é que se desenha a forma como compreende que o fazendeiro brasileiro deveria lidar com a escravaria.

A citação abaixo é interessante na medida em que ao observarmos o sistema jurídico do Brasil Império, veremos a inexistência de lei que regulasse o instituto da escravidão tal qual os Códigos Negros³¹ utilizados na colonização francesa e hispânica em alguns casos. Para ele, “a lei que regulasse a escravidão tornar-se-ia com especialidade utilissima para os ricos e para

³¹ O *Code Noir* (Código Negro) foi uma compilação de normas e regras para disciplinamento das relações da escravidão negra editada em 1685 pelo reino da França, no reinado de Luíz XIV, para os territórios e colônias do Caribe. O documento continha 60 artigos regulando a aquisição, venda, regras de transmissão da escravidão, aplicação de castigos, cristianização, dentre outros. Em 1724 a França instituiu o *Code Noir* também para a regulação das relações escravistas no território da Lousiana. Na tradição jurídica espanhola igualmente houve a edição de Códigos Negros, influenciados pela experiência francesa, o primeiro foi o Código Carolino, que apesar de não ter sido editado, chegou a ter circulação no período colonial. Somente em 1789 foi editada a Real Cédula, documento que regulava as relações de escravidão nas colônias espanholas na América. Em 1843 foi editado um Código Negro específico para o território de Cuba.

os seus escravos, poupando áquelles a fadiga de legislar para suas fazendas, e a estes as crueldades superfluas e irregularidades de tratamento” (TAUNAY, 1839, p. 12).

O sistema de punição proposto por Taunay deveria ser pautado na “perpétua vigilância dos feitores” cujo maior e mais eficaz instrumento eram os castigos físicos. A forma de aplicação é apresenta pelo autor a partir de critérios religiosos, agora também pincelados com contornos de racionalidade, utilizando conceitos como “moderação”, “qualidade da culpa”, considerando a “conducta do delinquente”, devendo serem os castigos aplicados com a maior solenidade a fim de que o exemplo ensinasse. Podemos observar as funções da punição da visão do autor:

Vimos como **a perpetua vigilancia dos feitores e administradores ou senhores era precisa para conduzir os pretos ao trabalho, mas esta vigilancia seria illusoria sem os castigos, os quaes devem ser determinados com moderação, applicados com razão, proporcionados a qualidade da culpa e conducta do delinquente, e executados a vista de toda a escravatura, com a maior solemnidade, servindo assim o castigo de hum para ensinar e intimidar os mais** (TAUNAY, 1839, p. 12, grifo nosso).

O autor continua a discorrer sobre as técnicas de punição dos “crimes domésticos”:

Quem observar estas maximas, conhecerá que não he difficil conservar a disciplina mais rigorosa, com bem poucas correccões, pois que o excesso dos castigos e repetição continua, longe de corrigirem, embrutecem, não devendo ser permitido aos feitores o castigarem immediatamente, senão na occasião de desobediencia com revolta, que he o maior dos crimes domesticos, e ao qual deve applicar-se depois o maximum do castigo, seja qual fôr a dose instantanea que o réo tiver levado (TAUNAY, 1839, p. 12).

Nota-se que nitidamente o autor compreende os desvios disciplinares cometidos por escravos como “crimes domésticos”, atribuindo um rito de punição e uma teoria sobre a pena no âmbito da fazenda, se utilizando também de vertentes utilitaristas sobre a maximização dos ganhos do senhor, a partir de um modelo de trabalho racional e não degradante da mão de obra escrava, sempre sobre o crivo do medo e da vigilância disciplinar do feitor.

Contrariamente à tradição do Antigo Regime, Taunay passa a clamar por uma regulação legal dos castigos e das punições escravistas, capaz de livrar os senhores do peso da aplicação dos castigos e das dificuldades na gestão de suas unidades produtivas:

A lei deverá determinar a progressão dos castigos, e o instrumento que se deve empregar. O chicote de huma só perna, vulgarmente chamado bacalháo, parece-nos conveniente, e 50 pancadas desse instrumento são, ao nosso ver, sufficientes para castigar todo o crime cujo conhecimento fôr coufiado aos senhores. Os crimes que exigissem penas maiores, como fugas repetidas, furtos consideraveis, desobediencia, e bebedeira incorrigiveis, revolta contra o castigo e outros da mesma natureza, deveriao ser castigados na cadêa dos respectivos distritos, a requerimento dos senhores e deferimento dos Juizes de Paz, que decidirião sumariamente (TAUNAY, 1839, p. 12-13, grifo nosso).

Em outra passagem Taunay reconhece o sistema de punição inaugurado pelos Códigos Criminal e de Processo Criminal de 1830 e 1832 quando afirma a necessidade de se levar a conhecimento de autoridades crimes atrozes cometidos por escravos:

A respeito dos crimes atrozes, como assassinios, envenenamentos, levantes com armas, conloios para levantes em massa, &c., a lei já existe e reclama os reos que cabem debaixo da sua alçada³². Os senhores que, por avareza ou desleixo, os não denuncião, ou escondem, tarde ou cedo tem de chorar tão criminosa cumplicidade (TAUNAY, 1839, p. 13).

Ao descrever as formas de punição para os crimes domésticos, estabelece um limite quantitativo de aplicação dos açoites, assim como alerta para a crueldade dos senhores que costumam agir imbuídos pela vingança:

Para os crimes domesticos de maior monta, e para o genio do geral dos escravos, cinquenta pancadas bastão. Tudo o que passar dahi he antes dado á raiva e vingança do que á emenda do castigado; até não deve haver licença para repetir essa dóse senão com o intervallo de huma semana (TAUNAY, 1839, p. 13).

Importante também observar que este autor parece iniciar um diálogo com as teorias reformistas penais que influenciaram o processo de codificação criminal brasileiro a pouco tempo empreendido:

A respeito dos troncos, sepos, anginhos e todo o innumeravel utensilio de tratos, restos da barbaridade antiga, que o governo já abandonou, e, por incoherencia e criminoso desleixo, tolera ainda nas mãos dos particulares, he evidente que a religião, a humanidade e o bom senso imperiosamente ordenão que sejam reduzidos a cinzas. Huma prisão para conservar alguns dias os pretos fujões ou levantados até haver occasião segura de os remetter para as cadêas, e collares de ferro para envergonhar aos olhos dos parceiros os preguiçosos e fujões, he tudo quanto a lei deve permittir que se conserve daquelle arsenal de maquinas e tortura semanal (TAUNAY, 1839, p. 13, grifo nosso).

Noutra passagem da obra, Taunay critica veementemente os excessos cometidos pelos senhores escravistas brasileiros que tinham como costume castigar com excessos, no que chama de “absolutismo paterno” e da necessidade de impor regras aos tribunais caseiros sem responsabilidade:

Em quanto se conservão a pureza dos costumes, e a singeleza patriarcal, este systema [escravista] tem poucos inconvenientes; mas, quando a existencia social se complica, quando o luxo e cobiça se apoderão das almas, quando os ricos proprietarios se concentião nas cidades para brilhar na côrte, ou exercitar os direitos politicos; quando a sêde das honras, das delicias e do lucro que as procura se exaltão, então os abusos que resultão do **absolutismo paterno** e de tantos **tribunaes caseiros que não tem regra nem responsabilidade**, sobrepujão por toda a parte: então os tratos, cruces e fogueiras inventão-se e empregão-se no segredo das familias; então as murenas e os peixes dos viveiros cevão-se com a carne dos escravos; então as matronas romanas deleitão-se nos supplicios e no sangue, então põe-se em pratica tudo o que a lascivia e crueldade podem inspirar de horrores e monstruosidades a imaginações depravadas pelo abuso das delicias (TAUNAY, p. 14, grifo nosso).

³² Aqui o autor apresenta o debate sobre os crimes de insurreição do Código Criminal de 1830, bem como os crimes que passaram a ser regulados pela lei nº 4 de 10 de junho de 1835. Para mais informações ver Capítulo 2.

Na proposição realizada por Taunay fica evidente que contra o “absolutismo paterno” na regulação dos escravos e dos “crimes domésticos”, a solução encontrada seria a imposição de regras gerais, a partir do modelo legal inaugurado pelo Estado Imperial que fosse capaz de estabelecer limites a estes verdadeiros “tribunaes caseiros”. Mas sobretudo, o alerta é para que os bons senhores se atentem em exercer o efetivo e bom governo de suas Casas e fazendas.

Sigo a análise em frente com outro documento. O próspero fazendeiro e político fluminense Francisco Peixoto de Lacerda Vernek, posteriormente condecorado com o título de Barão do Paty e Alferes decidiu escrever alguns apontamentos a serem direcionados a seu filho moço, recém-formado em Coimbra e desconhecedor das técnicas de plantio e da administração de uma fazenda.

Após a conclusão, foi encorajado por amigos próximos a publicar seus escritos, o que fez na obra *Memória sobre a fundação de huma fazenda na província do Rio de Janeiro*, no ano de 1847. Inicia o livro tratando dos deveres primeiros de um dono de fazenda quando inicia o seu empreendimento. A fundação de uma fazenda merece atenção e cuidados importantes, sem os quais o novo administrador corre o risco de se enveredar em problemas e ter insucesso.

O engenho de serrar deve ser a primeira obra, depois o moinho, os demais engenhos e posteriormente a casa grande e ao final as senzalas dos escravos: “As senzalas devem ser feitas no lugar mais sadio e enxuto da fazenda: eh na conservação da escravatura de que depende a prosperidade do fazendeiro” (VERNEK, 1847, p. 10).

Apesar de atribuir ao trabalho escravo a prosperidade do fazendeiro, para o Barão do Paty a escravatura é um mal: “He este o germen roedor do Império do Brasil, e que só o tempo poderá curar. A abundancia de braços captivos, e o immenso terreno por cultivar, esquivão o trabalhador livre do cultivo de nossos campos” (VERNEK, 1847, 15-16).

Mas também se percebe as influências da doutrina dos deveres recíprocos cristãos no cuidado com os escravos, as mesmas que fizeram parte dos debates dos jesuítas sobre o governo dos escravos³³.

O escravo deve ter domingo e dia santo, ouvir missa se a houver na fazenda, saber a doutrina christã, confessar-se annualmente: he isto hum freio que os sugeita, muito principalmente se o confessor sabe cumprir o seu dever, e os exhorta para terem moralidade, bons costumes, e obediência cega a seus senhores, e a quem os governa” (VERNEK, 1847, p. 16)

³³ Ver: BENCI, 1705; ANTONIL, 1711; e RIBEIRO ROCHA, 2017.

Importante para os fazendeiros era verdadeiramente o controle dos escravos, devendo se instituir no âmbito de sua jurisdição doméstica a moralidade cristã que, por sua vez, impunha a base da disciplina tanto do trabalho, quando da vida. Um dos delitos domésticos bastante perseguido era a embriaguez: “Deve [...] proibir-se-lhe [aos escravos] severamente a embriaguez pondo-os de tronco até lhe passar a bebedeira, castigando-os depois com 20 até 50 açoites” (VERNEK, 1847, p. 17).

Sobre a disciplina dos escravos e aplicação dos castigos, era corrente a ideia de que o escravo era sempre inimigo do senhor, sendo-lhe necessário aplicar os castigos na medida certa para que não se agisse com frouxidão, nem com excessos:

Nem se diga que o preto he sempre inimigo do senhor; isto só succede com os dous extremos, ou demasiada severidade, ou frouxidão excessiva, porque esta torna-os irasciveis ao mais pequeno excesso d’este senhor frouxo, e aquella toca-os á desesperação (VERNEK, 1847, p. 17)

Entretanto, o castigo deveria ser certo e aplicado ao tempo do cometimento da falta, sob pena de o senhor perder o controle e a legitimidade do seu poder, exercido segundo o império do medo e da vigilância:

[...] alguns senhores que tem o péssimo costume de não castigar a tempo, e de estar ameaçando o escravo dizendo-lhe — deixa que has de pagar tudo junto — ou, vai enchendo o sacco, que elle ha de transbordar e então nos veremos— e quando lhe parece agarra o pobre negro, da-lhe huma estafa da qual vai muitas vezes para a eternidade, e porque? porque pagou *tudo junto!!!* Barbaridade! **O negro deve ser castigado quando faz o crime: o castigo deve ser proporcionado ao delicto; elle que apanha, se não esquece e se corrige com esta pontualidade. Fazei pois justiça recta e imparcial ao vosso escravo, que elle apezar da sua brutalidade não deixará de reconhecer**” (VERNEK, 1847, p. 17, negrito nosso).

O Barão do Paty e Alferes chama atenção ao cumprimento de princípios gerais de justiça e atenta para a moderação, proporcionalidade e certeza nos castigos que devem ser certos e pontuais. A imparcialidade do juiz caseiro também é um atributo importante neste complexo tribunal privado.

O último manual de agricultor analisado é do Padre Manoel Antonio da Fonseca, que publicou o seu *Manual do Agricultor dos generos alimenticios* no ano de 1863, buscando com seus conhecimentos difundir técnicas de cultivo da terra que promovessem a abundância da produção agrícola no Império, propunha assim a “reforma das velhas fazendas e o melhoramento das terras cançadas” (1863, p. 12). Sua maior preocupação, passados mais de duas décadas de experiência e observação na agricultura, era a com os lugares onde a fome se espalhava pelo país devido a formas tradicionais de cultivo que resultavam na esterilização da terra.

Contudo as transformações propostas por ele não se restringiam apenas a mudanças da tecnologia das plantações, passando também pelo tratamento dos escravos nas fazendas. No capítulo II, o Padre Manoel Antonio da Fonseca se ocupa de descrever alguns cuidados que os fazendeiros deveriam tomar para a instalação de sua residência, assim como das senzalas e paióis, tomando cuidado de se observar os ventos necessários a salubridades e os terrenos onde não haja umidade.

Mas o ponto que interessa a este trabalho se insere no Capítulo IX, intitulado Educação e tratamento da Família, onde o autor passa a propor alguns “conselhos aos agricultores acerca da educação physica e moral” da família, da qual o agricultor depende para uma vida tranquila (FONSECA, 1863, p. 95).

Apesar de utilizar o termo família para descrever o título do capítulo, não serão abordados aspectos da formação da família nuclear do fazendeiro, tampouco sobre a criação dos filhos. O foco do debate será a formação e a gestão da propriedade familiar, indispensável ao bem-estar do senhor.

Dentro desta estrutura econômica e social surge o primeiro dever paternal:

O primeiro dever do homem na sociedade é ser útil ao seu semelhante, debaixo das regras dos princípios moraes; e tanto mais rigoroso se torna este dever, quanto mais ligadas são as relações entre os indivíduos que formão a mesma sociedade: e assim a família de qualquer individuo tem o inaufervel direito de ser cuidadosamente protegida pelo seu pai comum” (FONSECA, 1863, p. 95).

Nesta citação é possível verificar ainda a influência da teoria dos deveres recíprocos regendo as relações escravistas e servindo como fundamento do poder paterno, já que os membros familiares deveriam ser protegidos por um “pai comum”.

Sendo o fazendeiro o senhor provedor da vida e morte de seus escravos, segundo Fonseca, devia este cumprir uma série de obrigações, as quais destacamos aquelas vinculadas a vida, educação moral e vestuário:

o senhor de uma fazenda tem rigorosa obrigação de prestar aos seus escravos todos os meios que foram indispensáveis para o seu bem-estar, e para tornar mais tolerável a sua triste condição; cujos meios são sustento, agasalho, vestuário, educação, cuidado e remédios nas suas enfermidades (FONSECA, 1863, p. 95-96).

Para Fonseca, o agasalho seria aquilo que é necessário fazer para “tornar saudáveis as senzalas” (FONSECA, 1863, p. 96). A obra do Padre se destaca especialmente por uma importante preocupação com as doenças que acometiam não só os fazendeiros, mas principalmente os escravos nas fazendas, oferecendo uma série de prescrições de caráter sanitários a fim de evitar estes males.

Além das doenças, há prescrições expressas para o trabalho diferenciado das escravas e a restrição de certos trabalhos quando as escravas estivessem menstruadas ou grávidas, a fim de evitar-lhes hemorragias e abortos (FONSECA, 1863, p. 98).

A preocupação com a educação cristã na gestão da fazenda é outro aspecto que deve ser pontuado deste manual. Também não seria de se estranhar, considerando as influências eclesiais que esta obra foi escrita. Aos aspectos morais, deveria o fazendeiro se preocupar desde o nascer do dia, quando “levantar-se-hão os pretos, e depois de todos juntos resarem [sic] um Padre Nosso e uma Ave Maria, lavarão os braços, a boca e o rosto na bica, ou chafariz, que deve haver nesta varanda e receberão a benção do seu senhor” (FONSECA, 1863, p. 97).

Quando trata no tema dos castigos escravistas, diferente dos autores analisados anteriormente, Fonseca propõe um sistema de moderação no tratamento dos desvios escravos. Será numa nota de rodapé que o autor discutirá primeiramente a forma de castigar:

O escravo nunca deve ser tratado com rigor, á exceção de quando se mostrar incorrigível. Procedendo seu senhor de outra maneira, faltaria á humanidade e caridade, e daria provas de uma educação má; pois este infeliz deve sempre olhar a seu senhor como a seu pai e seu bem feitor e não como um tyranno. Se isto se observasse não haverião tantas desgraças, o que tem dado causa à sevicia e maldade de seus (FONSECA, 1863, p. 98-99, nota de rodapé sn).

É possível notar que a preocupação maior deste autor é a manutenção e reprodução da mão de obra escrava, já que além de cuidados com as escravas nas gestações e períodos menstruais, o Padre propõe um sistema de reprodução lícita dos escravos, incentivando a formação de famílias escravas nas fazendas e os cuidados com as crianças a fim de se lhes evitar a morte e doenças.

Toda esta preocupação deve ser compreendida num contexto em que o tráfico transatlântico já estava efetivamente proibido há quase duas décadas e onde se via assistia a uma demanda interna de venda de escravos para as regiões cafeeiras, tendo como consequência a falência de muitos empreendimentos agrícolas em diversas regiões brasileiras.

Segundo prescreveu o Padre Fonseca, o trabalho na fazenda deveria atender às condições físicas de cada escravo e deveria ser pautado pelas mesmas regras do homem livre. “Muitos fazendeiros deshumanos obrigão os seus escravos por via de chicote a um trabalho desproporcionado ás suas forças. Estes infelizes, esgotando os últimos alentos, acabão a sua existência em pouco tempo com grande prejuízo de seus bárbaros senhores” (FONSECA, 1863, p. 103).

Mas não há trabalho que deva ceder à vigilância, por isto este autor propõe estabelecer um regime de polícia dos escravos, sendo esta “a tarefa mais delicada para um homem

escrupuloso e temente a Deos. Tem de educar os seus filhos, e os seus escravos; vigiar o seu procedimento; castiga-los quando merecerem; e trata-los nas suas enfermidades” (FONSECA, 1863, p. 108).

A preocupação do “pai comum” não deve ser somente a aplicação do castigo, mas principalmente a educação dos filhos, o tratamento das enfermidades e por ultimo, quando estas primeiras não surtirem efeito, deve corrigi-los por meio dos castigos moderados:

Quando um escravo merecer castigo, será este feito com moderação, pois nunca a ira deve tomar o lugar da justiça. Por isso quando se contraclarum feitor ou administrador, se attenderá ás suas qualidades moraes, pois este deve ser humano, recto, e de bons costumes; e se fôr casado será melhor (FONSECA, 1863, p. 110)

A moderação na aplicação dos castigos se deve muito à escolha dos feitores, que precisam também seguir rigidamente a moral cristã e serem preferencialmente casados, evitando-se com isso a procura destes pelas escravas. “Os feitores deshumanos e de costumes impuros são muitas vezes a causa da sublevação dos escravos” (FONSECA, 1863, p. 110).

Além da moralização dos feitores, adverte o Padre Antonio da Fonseca para a moralização dos próprios senhores no trato com suas escravas, devendo estes agirem com honestidade, isto porque desta depende o respeito e a boa harmonia em sua família. “Nada enfurece mais um escravo contra seu senhor do que o ciúme. Grandes desgraças tem acontecido por este motivo. Emfim é uma grande infelicidade para uma familia o amor impuro de um senhor para com suas escravas” (FONSECA, 1863, p. 110-111).

A análise do conjunto destes autores que procuraram apresentar modelos prescritivos de punição privada, se valendo de critérios próprios e disponíveis ao seu alcance para fornecer elementos jurídicos e teológicos de regulação do governo dos escravos no âmbito do poder dos senhores de castigar, oferece um panorama importante para a compreensão da dimensão e da importância desta forma de entender *o penal* no Brasil.

O penal, com critérios definidos de atuação, que se constitui e se arraiga dentro da tradição colonial brasileira, como manifestação da jurisdição privada extremamente pulverizada territorialmente, um direito essencialmente particular e doméstico, que avoca para o âmbito da jurisdição senhorial o poder-dever de corrigir e castigar o escravo, mas também de punir. O escravo entendido tanto como um elemento da família senhorial enquanto unidade de produção colonial, quanto uma propriedade exclusiva deste patrimônio familiar.

Tal análise possibilita a compreensão da pluralidade de jurisdições penais inseridas dentro da tradição do direito do Antigo Regime português, fenômeno este que conseguiu conviver com o modelo de punição pública instituído com a nova tradição estatalista d’*o penal*

que pretendia avocar para si a prerrogativa de punição das condutas socialmente desviantes, mas que se viu instada a manter uma relação íntima e incômoda com as prerrogativas dos senhores escravistas de punição aos cativos.

1.3 As Câmaras Municipais: Posturas e regramentos locais na repressão criminal dos escravos

As Câmaras Municipais representaram outra instância em que era possível observar a jurisdição penal no Brasil oitocentista. Uma tradição de organização local herdada do processo de implantação das burocracias ultramarinas portuguesas no espaço colonial (SCHWARTZ, 2011, p. 70 e ss) e que continuará a demonstrar a sua relevância no Império do Brasil.

Nesta tradição, os representantes locais costumavam regular a aplicação de penas e sanções por meio de posturas municipais, com prerrogativas de polícia administrativa, atendendo aos interesses das comunidades locais, mantendo assim uma convivência pacífica com a jurisdição real, assim como com a jurisdição doméstica dos senhores.

Esta tradição de fortalecimento das localidades, própria do contexto da baixa Idade Média e que vai se desenvolvendo longamente na história, sintetiza “a ideia de que um grupo vivendo conjuntamente tivesse um governo próprio e autônomo, que incluiria a capacidade de estabelecer suas próprias leis” (HESPANHA, 2006, p. 250).

Neste contexto, das prerrogativas de autorregulação decorriam os estatutos das cidades medievais, bem como das aldeias e comarcas, numa expressão importante da noção de direitos e do desenvolvimento da ideia de uma “sociedade de sociedades” que constituía a ordem jurídica tecida em terrenos calcados em jurisdições plurais e na complexidade do direito (GROSSI, 2014).

Do ponto de vista teórico, esta concepção de autogoverno bebe também das proposições apresentadas por Aristóteles (2005) na *Política*, onde ele defende a influência do espaço físico e as necessidades de impor instrumentos para o exercício dos vínculos políticos no âmbito da *pólis* (o poder de editar leis próprias está, assim, totalmente ligado ao poder de autogoverno).

Na Idade Média os juristas do *ius commune* passaram a interpretar que o governo dos povos teria como condição a prerrogativa da jurisdição (*iurisdictio*), de legislar sobre os

aspectos inerentes a vida da comunidade, respeitando as competências legislativas do monarca (HESPANHA, 2006, p. 250-251).

Por meio da necessidade presente neste contexto de preservação dos costumes locais em consideração ao respeito dos territórios é que se estabeleceu a tendência da prevalência dos direitos próprios (*iura própria*) que vai se tornando realidade no com o advento da modernidade jurídica (CLAVERO, 2018, p. 45 e ss).

No caso português eram nas próprias *Ordenações* que estava inserido o poder de *iurisdictio* das comunidades locais ou vilas, desenvolvendo-se no âmbito das Câmaras por meio dos vereadores. No Livro I, 66 das *Ordenações Filipinas* diz-se que “aos Vereadores pertence ter carrego de todo o regimento da terra e das obras”. As normas editadas pelos vereadores eram as Posturas reconhecidas no § 28 deste mesmo dispositivo: “proverão as posturas, Vereações e costumes antigos da cidade, ou villa; e as que virem que são boas, segundo o tempo, façam-as guardar, e as outras emendar”.

O reconhecimento da legislação régia para a validade deste tipo de legislação na realidade portuguesa pode ser entendido a partir da leitura do § 29 do Título 66, Livro I das *Ordenações Filipinas*³⁴ que obriga aos juizes a respeitarem as Posturas e legislações municipais, ficando resguardada a prerrogativa do próprio rei as derogá-las quando estiverem em desacordo com os interesses reais e a forma das *Ordenações*.

Hespanha destaca que as matérias cuja restrição se fazia para a edição nas localidades diziam respeito a criação de monopólios e a imposição de tributos de competência do rei, ficando as demais a liberdade da regulação pelos vereadores em face do interesse das localidades. “O carácter aparentemente humilde dos temas regulados não nos deve iludir quanto à importância destas normas nas comunidades locais” (HESPANHA, 2006, p. 253).

Importa para a presente pesquisa justamente compreender a importância destas legislações no âmbito da regulação criminal local do período imperial, voltado principalmente para perceber de que forma foi efetuada a regulação de condutas desviantes de escravos no âmbito local e se, e como, os castigos corporais eram inseridos dentro destas normas.

³⁴ § 29 do Título 66, Livro I das *Ordenações Filipinas*: “E as posturas e Vereações, que assi forem feitas, o Corregedor da Comarca não lhas poderá revogar, nem outro algum Official, ou Desembargador nosso, antes as façam cumprir e guardar”

1.4 Os Códigos de Posturas Municipais na regulação penal das condutas dos escravos

A Lei de 1º de outubro de 1828 foi a responsável pela remodelação do modelo de distribuição de poder das Câmaras Municipais no Brasil Império, atendendo ao comando constitucional de 1824, onde no Título 7º, Capítulo II, se estabeleceram as linhas gerais de suas competências³⁵.

Seguindo o modelo desenhado pela administração real, as Câmaras eram estruturas meramente administrativas³⁶, cabendo-lhes a deliberação sobre os problemas das cidades e vilas pelos vereadores que deveriam exercer o “*governo economico, e policial da terra*”³⁷.

Neste aspecto, dentro da tradição do direito português, a “polícia” designava o governo do reino, enquanto que a “economia” se referia ao governo da casa. Estes dois termos e toda a construção teórico-jurídica impressa possibilitavam “estender ao primeiro o que se via como atributo do segundo”, ou seja, um vasto poder de regular a convivência nas cidades, de repressão de desvios e de preservação da ordem e da paz doméstica. (SEELAENDER, 2011, p. 35-36).

Além das “ampliações” de poderes e atributos jurisdicionais, a extensão do poder de “polícia” representava uma forma de atuação da coroa perante seus súditos, visando expandir seu poder, enriquecer seus súditos estabelecer bases burocráticas consolidadas (SEELAENDER, 2011, p. 36). E analisada a estrutura jurídica a qual foram concebidas, as Câmaras Municipais representavam ao mesmo tempo o poder da Coroa, como que se estabeleciam como estruturas de poderes locais que permitiam o sustentáculo da monarquia nas mais diversas cidades que se estruturavam.

As posturas eram propostas pelas câmaras municipais e aprovadas pela Assembleia Provincial. A este respeito o art. 72 da lei de 1º de outubro de 1828 resguardava o direito de alteração e revogação das posturas pela assembleia provincial. Entretanto, tal dispositivo foi alterado por meio da Lei 25 de outubro de 1831 que em seu Art. 3º³⁸ resguardou a prerrogativa

³⁵ Constituição Política do Império do Brazil (Das Camaras):

Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente.

Art. 169. O exercicio de suas funções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.

³⁶ Art. 24 da lei 1º de outubro de 1828.

³⁷ Art 40 da lei 1º de outubro de 1828: “Os Vereadores tratarão nas vereações dos bens, e obras do Conselho do Governo economico, e policial da terra; e do que neste ramo fôr á prol dos seus habitantes”.

³⁸ Art. 3º da Lei de 25 de outubro de 1831: “As posturas, uma vez aprovadas pelos conselhos geraes, não poderão ser alteradas, ou revogadas sem que as respectivas camaras municipaes assim o proponham”

de alteração e revogação das posturas somente às Câmaras Municipais, que resguardavam espaços importantes de autonomia ao poder local em face da possibilidade de interferência política das províncias.

Estavam, assim, dentro dos objetos das posturas municipais uma série de matérias de ordem local que poderiam ser reguladas em vista do exercício do poder de polícia que dispunham: o alinhamento das casas, ruas, limpezas dos espaços públicos, regulação dos cemitérios públicos, da economia local, dos matadouros, além da própria regulação das condutas dos munícipes normalmente inserida no âmbito da regulação “sobre as vozerias nas ruas em horas de silêncio, injúrias, e obscenidades contra a moral pública”³⁹.

Interessa neste momento verificar as relações constantes entre a punição instituída por meio do Código de 1830, e formas diversas de manifestação d’o *penal* no âmbito da legislação municipal que tinham prerrogativas legais de regulação criminal de condutas consideradas desviantes, com foco na punição de escravos.

Neste sentido, foi o próprio Código de 1830 que abriu esta possibilidade, quando no art. 308, § 4º disciplinou a prerrogativa de regulação dos “*crimes contra a polícia e contra a economia particular das povoações*”, passando às Câmaras Municipais, por meio das Posturas Municipais esta atribuição, cuja importância não pode ser desprezada pela historiografia jurídica.

Era comum ver nos textos das posturas municipais em diversas localidades brasileiras do oitocentos a criação de condutas criminais e a imposição de penas aos escravos, aqui também compreendidas as penas de açoites que eram as mais utilizadas, além da prisão e do Calabouço.

Normalmente inseridas na seção “sobre as vozeiras nas ruas...”, a regulação dos denominados “crimes policiais”, cometidos por escravos, tinha como objetivo em muitos dos casos, a regulação da circulação de escravos pelas cidades, já que se movimentavam nas idas às vendas, tavernas, quitandas, botequins, casas de jogos e outros estabelecimentos referidos no âmbito das diversas posturas que fazem parte do material utilizado na pesquisa.

É possível perceber na atuação das Câmaras Municipais uma interlocução entre os interesses dos senhores de escravos com os interesses da gestão municipal, no processo denominado por Ynaê Lopes dos Santos (2015) como “feitorização”⁴⁰ do trabalho dessas

³⁹ Art. 66, § 4º da Lei de 1º de outubro de 1828.

⁴⁰ Apesar de o trabalho de Santos (2015) estar restrito a análise da cidade do Rio de Janeiro, cuja realidade deve ser circunscrita ante ao crescente desenvolvimento da escravidão urbana, entendo que em certa medida a contribuição da autora pode ser aplicada de forma geral, isto porque foram encontrados diversas formas de

instituições, que passaram a reprimir e se imiscuir em esferas até então restritas às relações privadas dos senhores e seus escravos.

Para a formação do material de pesquisa busquei encontrar o maior número de exemplares de posturas disponíveis para consulta, considerando as diversas regiões brasileiras, a fim de ter uma amostra não somente localizada, mas abrangente do modo como se regulavam os “crimes policiais” relacionadas aos escravos e em que maneira seria possível perceber a punição municipal neste contexto.

A hipótese desenvolvida neste trabalho é a de que a pluralidade de jurisdições criminais no Brasil Império não foi suplantada com o advento Código Criminal de 1830; pelo contrário, foi mantida e reforçada. Ou seja, além da punição escravista desenvolvida no âmbito privado pelos castigos domésticos no que chamei de Justiça Senhorial, é possível perceber formas de punição exercidas no âmbito municipal, por meio das Posturas Municipais que regulavam práticas desviantes dos escravos, a partir de um sistema que regulava diversas hipóteses de punição local desses desvios.

As posturas serão analisadas a partir das datas em que foram publicadas, em ordem cronológica, buscando retratar a realidade do período estudado e compreender possíveis mudanças ocorridas na forma de punir, bem como sua relação com acontecimentos históricos. As datas da pesquisa do material compreendem o início de vigência do Código de 1830 (16 de dezembro daquele ano) e o fim do escravismo no Brasil (13 de maio de 1888).

A Postura de 3 de fevereiro de 1832 da Cidade de São Paulo estabelecia medidas de disciplinamento dos escravos no meio urbano, nos artigos 3^o⁴¹ e 7^o⁴² se estabelecem respectivamente pena de prisão aos taverneiros que consentirem com o ajuntamento de escravos, e aos donos de casa que alugarem para escravos seus imóveis sem que estes tenham autorização dos seus senhores.

Porém, é o art. 4^o que pune os escravos por andarem na rua após toque de recolher, cominando pena de prisão:

Art. 4^o O escravo que de noite depois do toque de recolher transitar pelas ruas da Cidade, sem que leve bilhete, buleto, cartão, ou um signal qualquer por onde se conheça que váe por ordem, ou em serviço de seu senhor, será prezo dois dias

regulação da movimentação escrava no ambiente público das cidades em diversos municípios da época, demonstrando um padrão.

⁴¹ Postura aprovada pelo Conselho Geral de 3 de fevereiro de 1832 da Cidade de São Paulo: Art. 3^o Os donos das tavernas, ou casas de negocio, que consentirem ajuntamentos de escravos além do tempo necessário para comprar e vender, serão mulctados em 2 \$ rs., ou em dois dias de cadêa.

⁴² Postura aprovada pelo Conselho Geral de 3 de fevereiro de 1832 da Cidade de São Paulo: Art 7^o Ninguem poderá alugar casa, ou quartos a escravos, sem que estes apresentem licença por escripto de seus senhores, debaixo da pena de 4\$ rs., ou dois dias de prizão.

O Código de Postura da Câmara Municipal de Desterro no de 1832 dispunha de punição aos escravos e libertos que praticassem danças e batuques e ajuntamentos de reinados africanos. A infração consta no artigo 34:

34ª: São proibidos daqui em diante os ajuntamentos de escravos ou libertos, para formar danças ou batuques, ficando inteiramente proibido os referidos ajuntamentos de supostos reinados Africanos, que por festas costumam fazer, incomodando os Povos, e prejudicando a seus Senhores com semelhantes funções, e todos os que contravierem a serão multados em 4\$000 réis sendo liberto, e não tendo com que pagar terá quatro a oito dias de cadeia, e sendo cativo, e achando-se sem licença de seu Senhor será castigado conforme a Lei, e o Senhor que der licença pagará a mesma multa de 4\$000 réis para despesas do Município (*Apud SILVA, 2013, p 164*).

Já o artigo 63 do Código de Postura de Desterro punia os ajuntamentos de pretos e vadios para a “bangalês”:

63ª: Todo o indivíduo branco, ou preto forro, que em sua casa fizer ajuntamentos de pretos, e vadios para bangalês, ou ainda mesmo, que os consinta em sua casa de noite, desemparando por esta forma a de seus Senhores, incorrerá em pena de 15 dias de prisão, e 10\$000 réis de condenação, e pela segunda vez no dobro, e pela terceira será considerado, e punido como perturbador do sossego público; e os escravos que forem achados em semelhantes atos, serão castigados conforme a Lei (*Apud SILVA, 2013, p. 173*).

Postura da Cidade de São Paulo, aprovada pelo Conselho Geral em 1º de fevereiro de 1833, publicada a 14 de março de 1833, estabelecia punição à contravenção denominada “capoeiras”⁴³. No corpo de seu texto há apenas uma única disposição sancionatória, cominando prisão e aplicação do castigo de açoite:

Toda a pessoa, que nas praças, ruas, casas públicas ou em qualquer outro lugar também público, praticar ou exercer o jôgo denominado – de Capoeiras - ou qualquer outro genero de lucta, sendo livre será prêza por 3 dias, e pagará mulcta de 1 a 3 \$ rs., e sendo captiva será prêza, e entregue a seu senhor para a fazer castigar na grade com vinte o cinco a cincoenta açoites, e quando o não laça soffrerá a mesma mulcta de 1 a 3 \$ rs.

Postura 9ª de 1834 da Cidade do Rio de Janeiro proíbe a pratica de jogos em lugares públicos aplicando multa aos infratores. Interessante é perceber a interlocução direta entre esta postura e a regulação do Código Criminal do Império do art. 60, possibilitando a comutação da pena de prisão em açoites:

Todas as pessoas que forem encontradas nas ruas, praças e mais lugares públicos, bem como em vendas, barracas, corredores de casas e torres de Igrejas a jogar qualquer espécie de jogo, serão multadas em 2\$000 rs. e soffrerão 8 dias de prisão e o duplo nas reincidências, sendo escravo pagará a multa o respectivo senhor, ao qual é salvo

⁴³ A punição aos escravos capoeiras já era algo comum neste período, a exemplo do Aviso nº 37 de 25 de fevereiro de 1832 em que o Juiz de Paz de Magé determinava fossem erguidos dois paus para serem castigados com 100 açoites os escravos capoeiras, determinando a sua devolução ao seu senhor após a aplicação do castigo (In: GOULART, 1971, p 197).

o direito de requerer ao juiz executor a commutação da prisão em açoites, na forma do artigo 60 do Código Criminal. Os donos das vendas e barracas em que forem encontradas taes pessoas a jogar, incorrerão nas penas de 8 dias de prisão e 30\$000 rs. de multa, e nas reincidências, na de 30 dias de prisão e 60\$000 rs. de multa⁴⁴.

As Posturas Policiais da Câmara Municipal da Vila de Manaus de 1838⁴⁵ previam a possibilidade de aplicação de multa ou açoites a escravos que praticarem a infração de vozeiras:

Art. 18 - Toda a pessoa que divagar pelas ruas com vozerias, proferindo injúrias e obscenidades contra a moral pública, será castigada com prisão de dois dias; se for escravo, o senhor ficará obrigado pela multa de dois mil réis, o que recusando, será castigado o escravo com cinquenta açoites (SAMPAIO, 2016, p. 20).

O Código de Posturas Municipais de Santos de 1847 estabelecia diversas hipóteses de cominação de açoites em caso de infração de suas normas por escravos. No título 3, o art. 34 punia os escravos que proferissem palavras indecentes:

Artº 34 Toda a pessoa, que em qualquer logar publico, proferir palavras indecentes, e obscenas, ou praticar gestos, e tomar attitude ma mesma natureza soffrerá de 5 á 40\$000 r.s de multa, e sendo escravo soffrerá 50 assoutes, quando seo senhor ou outrem não pagarem a multa.

O art. 35 que punia o ato de apresentar quadros ou figuras obscenas em locais públicos, não estabelecia pena de açoites aos escravos, mas sim pena de cadeia:

Art.º 35.º Toda a pessôa que apresentar em lugares publicos, quadros ou figuras obscenas, e ofensivas da moral publica, alem de serem inutilizados taes quadros ou figuras, será multada em 4\$000 r.s, e não tendo com que pagar, ou sendo escravo soffrerá tres dias de cadeia, quando não haja quem pague a multa.

Objetivando reprimir a reunião ou “ajuntamento” de escravos nas ruas com danças batuques e demais manifestações religiosas e culturais africanas, o Art. 43 do Código de Postura de Santos punia o escravo com prisão de 24 horas e aplicação de 25 açoites

Art.º 43.º Fica prohibido o ajuntamento de escravos nas ruas com danças, toques barbaros ou voserias sob pena de serem presos por 24 horas, e soffrerem 25 açoites, ou a multa de 2\$000 r.s de cada um à escolha do senhor. Quaesquer outros espetaculos, como tangeres sonoros, bailes, ou danças decentes nas ruas e praças serão permittidos sómente á pessoas livres com mascarar, ou sem ellas, sendo de dia com licença da Camara, pela qual pagarão o que se acha estabelecido por Lei Municipal. Sendo em dias Nacionais as licenças serão gratuitas, e os divertimentos poderão ser de noite. Os cabeças que infringirem esta disposição serão multados em 4 á 8\$000 r.s, e dispensado o ajuntamento.

Já o art. 51 punia os escravos flagrados jogando em público ou em casas de tabolagem. A punição, neste caso seria a prisão e a aplicação de 25 açoites a escolha de seu senhor:

Art. 51º Hé proibida toda a qualidade de jogo publico, de cartas, dados, ou cartões. Além da pena imposta pelo Art.º 281 do Cod. Crim. Ao dono da casa de tabolagem,

⁴⁴ *Apud* LOPES, 2015, p. 34.

⁴⁵ Posturas Policiais da Câmara Municipal que se devem observar nesta Vila de Manaus e seu Termo, até que sejam modificadas ou aprovadas pela Assembléia Provincial. In: SAMPAIO, 2016.

soffrerá o jogador a pena de seis dias de prisão e 12\$000 r.s de multa, e sendo escravo terá metade da prisão, ou 25 açoites á escolha do senhor.

A utilização dos açoites e da prisão como forma de punição escravista no caso santista é bem representativa, demonstrando a relevância que a repressão municipal aos desvios escravos possuía naquele contexto.

Novamente na Vila de Manaus é possível verificar a imposição de castigos corporais a escravizados em decorrência de infrações policiais. É o caso do Código de Postura Municipal de 1848, que ao proibir a venda de produtos por escravos em locais públicos após o toque de recolher:

Art. 97 - É proibido, que os escravos estejam vendendo nas ruas, praças e mais lugares públicos depois do toque de recolher. Os infratores serão presos, e entregues a autoridade competente para os mandar punir corporalmente (SAMPAIO, 2016, p. 30).

Postura de Câmara Municipal da cidade de Vila da Serra, na província do Espírito Santo determinava a punição em 50 açoites ao escravo que portasse arma de fogo e caso fosse flagrado com instrumento cortante ou contundente, seria condenado a pena de 25 açoites. Se a infração fosse cometida pela noite as penas seriam aplicadas em dobro⁴⁶.

Já a Postura de 8 de janeiro de 1852 da cidade de Macaé, na província do Rio de Janeiro, punia com açoites o escravo que cometesse o delito de “imoralidade pública”, disciplinado no art. 71 em 50 açoites e o delito de jogo no art. 79 também com 50 açoites⁴⁷.

O Código de Posturas da Ilustríssima Camara Municipal do Rio de Janeiro de 1854 disciplinou punição aos escravos no Título Quarto “Sobre vozeiras nas ruas, injurias e obscenidades contra a moral publica”, permitindo a aplicação de pena de prisão e açoites:

§ 3.º Toda a pessoa que em lugar publico proferir palavras, indecentes, ou praticar gestos, ou tomar altitudes da mesma natureza, ou apresentar quadro ou figuras offensivas da moral publica, será multada em 20\$000 rs. pagos da cadêa, na qual será conservado por 8 dias, se antes delles não satisfizer a multa. Sendo escravo soffrerá 25 açoites.

O parágrafo sexto do mesmo título disciplinava a pena de multa e Calabouço quando o infrator fosse escravo, para o caso de pessoa que transitar pelas ruas com roupas tidas como indecentes:

§ 6. Nenhuma pessoa de qualquer estado, condição ou sexo (inclusive as pessoas encarregadas da conducção dos gêneros) poderá transitar pelas ruas deste município senão com vestes decentes, isto e, não deixando patente qualquer parte do corpo que offenda a honestidade e moral publica. O contraventor, além da multa de 10\$000 rs.,

⁴⁶ Lei nº 10 de 11/05/1849. In: Livro dos Leis da Província do Espírito Santo, VIII, p. 30. *Apud* GOULART, 1971, p. 81 e nota nº 18, p. 83.

⁴⁷ Coleção das Leis da Província do Rio de Janeiro, 1852, p. 130 e ss. *Apud* GOULART, 1971, p. 81 e nota nº 18, p. 83.

soffrerá 4 dias de prisão, e o duplo na reincidência tanto a respeito da multa como do tempo de prisão: sendo escravo estará 8 dias de calabouço.

Na Seção Segunda, Título Décimo do Código de Posturas do Rio de Janeiro de 1854, também é possível encontrar a prática de punição dos escravos por meio de castigos físicos:

§ 25. Toda a pessoa que com palavras incitantes fizer discórdia e zizania contra os nacionaes do Brazil, e os deste contra os nascidos fora do império, será multada, pela primeira vez em 20 \$ rs. e 5 dias de cadêa; pela segunda, em 40 \$ rs. e 10 dias de cadêa, e pela terceira, em 60 \$ rs. e 30 dias de prisão. Se for escravo será conduzido ao calabouço, dando-se immediatamente parte ao senhor para lhe mandar dar 100 açoites, conforme a lei, e, se recusar fazel-o, soffrerá 30 \$ rs. de multa e 8 dias de cadêa

Na mesma seção se estabelecia sanção por desordem, com aplicação de pena de calabouço e de açoites:

§ 29. Os escravos que forem encontrados fazendo desordens, serão conduzidos ao calabouço, dando-se imediatamente parte aos senhores para mandarem dar nos motores 100 açoites, conforme a lei; e, se recusarem fazel-o, soffrerão a multa de 30 \$ rs. e 8 dias de cadêa. Os que não forem considerados motores soffrerão metade desta pena, bem como os senhores que os deixarem de castigar

Nas disposições finais da Postura de 1854, um dos dispositivos (§ 7º do Título XXI da Seção 2⁴⁸) regulava a atuação dos fiscais municipais a quem, dentre outras atribuições, incumbiria a verificação sobre a boa execução da constituição, fiscalizando os maus tratos e crueldade praticados contra os escravos nos municípios, cumprindo desta forma os comandos dos art. 58 e 59⁴⁹ da lei de 28 outubro de 1828, sobre a denúncia dos maus tratos escravistas e sua forma de prevenção.

Nota-se, além das disposições que culminavam penas de açoites, prisão e calabouço aos escravos, uma preocupação para o tema dos excessos da punição escravista no âmbito do poder de castigar conferido aos senhores de escravos, o que não necessariamente deveria resultar em abertura de processos, cuja escassez de fontes pode representar uma atuação irrelevante do governo do Império neste aspecto.

É curiosa a figura do Calabouço⁵⁰ neste momento da história do direito brasileira. Conforme Goulart, o Calabouço era uma instituição amplamente disseminada nas cidades do

⁴⁸ § 7º Os fiscaes vigiarão sobre a boa execução da constituição, e sobre as prevaricações ou negligencias de todos os empregados, bem como sobre o máo tratamento e crueldades que se costumam praticar tom escravos, indicando os meios de prevenil-os, e dando de tudo parte á Câmara, para que ella possa com exactidão satisfazer o disposto nos artigos 58 e 59, titulo 2.º da lei do 1.º de outubro de 1828.

⁴⁹ Lei de 1º de outubro de 1828: Art. 58. Darão parte annualmente, ou quando convier, ao Presidente da Provincia e Conselho Geral das infracções da Constituição, e das prevaricações, ou negligencias de todos os empregados; Art. 59. Participarão ao Conselho Geral os mãos tratamentos, e actos de crueldade, que se costumem praticar com escravos, indicando os meios de prevenil-os.

⁵⁰ O Calabouço era uma prisão específica para escravos. Recebia escravos fugidos, deixados por seus donos para a aplicação de castigos correcionais privados e em poucos casos recebiam escravos condenados por sentença de processos criminais. Thomas Holloway (2009) apresenta um interessante estudo sobre o Calabouço e o Aljube na

século XIX, normalmente anexa à casa de correção, servindo como instituição de aplicação de castigos físicos aos escravos por parte da estrutura do Estado Imperial para aqueles senhores que não quisessem exercer tal prerrogativa por si mesmos, os quais deveriam requerer autorização do chefe de polícia e pagar uma quantia em dinheiro em troca da punição (GOULART, 1971, p. 103 e ss)

As Posturas Municipais de São João Batista do Presídio em Minas Gerais, aprovadas pela Resolução Provincial nº 643 de 14 e junho de 1853⁵¹ disciplinam no seu art. 8º a cominação de penas de açoites em caso de impossibilidade de o escravo pagar multa pecuniária:

Art. 8.º - Quando o multado for escravo e não tiver meios com que pagar a multa, ou seu senhor não pagar, será comutada em açoites na razão ou proporção seguinte: a multa até 1\$000 será comutada em 25 açoites; de 1\$000 a 4\$000 em 50 açoites; de 4\$000 até 10\$000 em 100 açoites; de 10\$000 até 20\$000 em 150 açoites; de 20\$000 a 30\$000 em 200 açoites; de mais de 30\$000 até 45\$000 em 250 açoites; de mais de 45\$000 até 60\$000 em 300 açoites em dias alternados, e enquanto não for finalizado o castigo será o escravo conservado preso.

Art. 9.º - Os açoites serão dados na Cadeia, nesta Vila, e fora dela nos lugares que os subdelegados designarem

Também havia aplicação de açoites para escravos que fossem capturados jogando em espaços públicos, reafirmando o poder municipal de polícia nas cidades: “Art. 101 – O escravo apanhado a jogar em lugares públicos será castigado em 50 açoites, salvo pagando seu senhor uma multa de 20\$000 imediatamente”.

Postura de 7 de outubro de 1856 do Rio de Janeiro substituiu os dispositivos dos §§ 8º e 9º, Título 2, Seção 2 do Código de Posturas Municipais de 1854 proibindo a prática de fogueiras e de queima de fogos de artifícios nas ruas da cidade além de proibir a soltura de balões de fogo.

O art. 4º da postura é onde se encontra a cominação de penas aos infratores, onde se verifica a possibilidade de aplicação de açoites aos infratores escravos, sendo-lhes aplicados os

cidade do Rio de Janeiro no século XIX: “A maioria era enviada ao Calabouço por seus senhores para apanhar açoites corretivos. Este serviço de punição disciplinar representava uma colaboração dos donos de escravos e o estado em formação [...]. Os homens que manejavam os chicotes no serviço de correção dos escravos remetidos ao Calabouço eram eles mesmos prisioneiros, em geral condenados a sentenças por crime comum. Em abril de 1833, por exemplo, havia um total de 198 escravos no Calabouço quando o chefe de polícia Eusébio de Queiróz inspecionou o local, 192 deles ‘por fugidos, por correição, e a requerimento de seus senhores’”; José Alípio Goulart (1971, p. 103 e ss) também trata do Calabouço. Os castigos aplicados “a requerimento de seus senhores” deveriam ser remunerados ao Império por meio de taxa determinada pelo tempo de estadia e pela quantidade de açoites aplicados. Em muitos casos, ante o auto custo das dívidas contraídas no calabouço, escravos eram deixados nesta prisão uma vez que o valor das dívidas superaria o próprio valor do cativo. Assim não eram comuns as determinações de leilões para a venda destes escravos “esquecidos” no calabouço ou mesmo a sua introdução no patrimônio público como escravos da nação.

⁵¹ Resolução Provincial de Minas Gerais n.º 643, de 14 junho de 1853 (Aprova postura de São João Batista). Apud in NEQUETE, 1987, p. 6-7 e Nota de rodapé “8” p 26.

castigos em caso de preferência dos senhores em manda-los aplicar na casa de correção: “Art. 4. Os infractores das prescripções dos artigos antecedentes, pagarão de multa a quantia de 30\$000 rs., sendo livres, e se forem escravos, soffrerão 3 dias de cadeia, salvo se os respectivos senhores preferirem mandal-os castigar com açoutes na casa de Correcção”.

A Lei nº 775 de 1º de julho de 1866 do Maranhão estabeleceu as Posturas Municipais da cidade de São Luiz. Da análise dos artigos que tratam das contravenções e sanções aos escravos, destaco uma mudança na forma como os castigos físicos foram regulados por este regulamento.

O art. 99 proíbe expressamente o transito de escravos na cidade ostentando instrumentos de castigos, cominando multa aos senhores em caso de descumprimento:

Art. 99 É expressamente prohibido andarem pelas ruas da cidade escravos com gargalheiras, grilhetas e outros instrumentos de castigos. Aquelles que assim forem encontrados, serão retidos por qualquer dos fiscais, que depois de tirar-lhes os mesmos instrumentos, os entregarão aos senhores, que pagarão multa de dez mil reis, e o dobro nas reincidencias (SÃO LUIZ, 1866, p. 84)

Só a inscrição de um artigo como este que proibia os escravos de andarem pelas ruas da cidade ostentando instrumento de castigos denota a intensidade e a importância que as práticas de castigos representavam naquela sociedade, já que tão frequentes e tão explícitas, a ponto de serem legalmente reprimidas.

Outra disposição encontrada e que diverge de forma sensível dos demais diplomas analisados, diz respeito a proibição de aplicação de castigos em aulas nas escolas: “Art. 97. Fica proibido nas aulas tanto públicas como particulares o castigo corporal de qualquer natureza que seja. Aos professores que tal ordenarem, ou consentirem, a multa de vinte mil reis, e o dobro nas reincidências” (SÃO LUIZ, 1866, p. 84).

Se num primeiro momento se verifica a proibição de transito de escravos no meio urbano com instrumentos de castigos, por outro percebo a inclinação da postura de São Luiz de resguardar ao senhor a prerrogativa de estabelecer a forma como lhe caiba para exercitar o seu direito de castigar seu escravo.

A este exemplo, cito o Art. 104: “A pessoa que andar embriagada pelas ruas desta cidade será multada em dez mil reis e três dias de prisão, e sendo escravo será entregue a seu senhor para que este o puna como entender” (SÃO LUIZ, 1866, p. 85).

No caso de São Luiz, as posturas se inclinaram à aplicação de penas de prisão e nos casos em que se impunha o castigo, foi conferido ao senhor do escravo a prerrogativa de executar a punição na forma como bem entendesse, no que compreendo uma proeminência dos castigos domésticos como regra nesta realidade.

Mais tarde, a lei nº 3310 de 15 de outubro de 1886 marcou o fim da aplicação de açoites em escravos em substituição de penas aplicadas em processos criminais e nos casos de “crimes policiais” regulados pelas Câmaras Municipais, ao revogar as disposições do Art. 60 do Código Criminal do Império⁵².

Percebe-se da análise das Posturas Municipais que a prática de punição escravista das Câmaras Municipais no Brasil Imperial possuía grande relevância naquele momento. Este sistema local de punição estabelecido a partir da construção jurídica legalista apresentada pelas bases do Estado Nacional brasileiro objetivava conciliar tradições jurídicas de dois tempos num só, além da acomodação de um outro espaço de jurisdição doméstica do qual decorriam o direito de correção dos senhores sobre seus escravos, este exercido praticamente sem a interferência estatal.

Com essas bases, o sistema jurídico penal brasileiro se apresentava como um espectro de vigilância ampla e constante da imensa massa de escravos, libertos e livres pobres, que constituída a mão de obra da economia rural brasileira, totalmente dependente da força de trabalho negra.

A punição penal se apresentava como método de disciplina para o trabalho, de punição das faltas corriqueiras e de pequenos crimes (“crimes domésticos”) no âmbito da unidade de produção, mas também no âmbito da vida nos centros urbanos, passando pela regulação do trânsito intenso e pulsante de escravos nas cidades, do controle das aglomerações que pudessem significar qualquer processo de revoltas escravas, chegando ao controle estatal dos escravos por meio dos crimes instituídos no Código de 1830, da lei de 10 de junho de 1835 e o conjunto jurídico que formou este sistema amplo de controle social⁵³. Utilizando as proposições de Carlos Augusto Taunay, pelo menos no âmbito simbólico, tratava-se de se estabelecer uma “eterna vigilância” dos senhores e feitores sobre seus escravos.

⁵² Lei nº 3310 de 15 de outubro de 1886: Art. 1º São revogados o art. 60 do Código Criminal e a Lei n. 4 de 10 de Junho de 1835, na parte em que impoem a pena de açoites.

Ao réo escravo serão impostas as mesmas penas decretadas pelo Código Criminal e mais legislação em vigor para outros quaesquer delinquentes, segundo a especie dos delictos commettidos, menos quando forem essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quaes serão substituidas pela de prisão; sendo nos casos das duas primeiras por prisão simples pelo mesmo tempo para ellas fixado, e no de multa, si não fôr ella satisfeita pelos respectivos senhores, por prisão simples ou com trabalho, conforme se acha estabelecido nos arts. 431, 432, 433 e 434 do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842

⁵³ Na pesquisa procurei demonstrar as formas de controle penal dos escravos, mas destaca-se outras formas de controle social e sociabilidade escrava, especialmente na importância da formação de famílias escravas, para isso ver: SLENES, 2011; FLORENTINO, GÓES, 2017; MATTOS, 2013.

2 “ESTA MANCHA NEGRA [...] ESTENDEU-SE À LEGISLAÇÃO”: DIREITO PENAL, ESCRAVIDÃO E O DUPLO NÍVEL DE LEGALIDADE

“Esta mancha negra da nossa sociedade estendeu-se á legilação, e denegrio algumas de suas paginas, quando sem isto o nosso Codigo Penal é um dos mais perfeitos dos tempos moderno” (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 24-25)

Giovanni Tarello (2011) em seu texto clássico debateu o significado do “problema penal”⁵⁴ no século XVIII, ou seja, um conjunto de questões complexas que propunham questionar as bases do modelo de punição até então construído e que se fundamentava no “direito penal do soberano”.

Coube aos denominados “juristas filósofos” (SBRICCOLI, 2011) a tarefa de propor uma série de ideias e ações de reforma penal que impuseram uma desconcertante campanha de contestação das bases do sistema de punição europeu. As ideias de Cesare Beccaria ao publicar sua obra *Dei Deltiti e Delle Pene* (1764) foram vitais para o sucesso do movimento reformista, além das contribuições de outros filósofos como Voltaire e Benthan. Contestava-se se existiria propriamente um poder de punir, sua legitimidade, ou seja, a quem caberia o seu exercício, sobre quem deveria ser exercido e sob quais parâmetros e limites legais este poder punitivo deveria se desenvolver.

Este movimento de reforma penal encontrou no modelo da codificação um importante instrumento de efetivação de suas premissas (TARELLO, 2008). Seu principal resultado prático estava em garantir instrumentos de controle do poder estatal em nome da salvaguarda dos direitos individuais dos cidadãos. O código⁵⁵ deveria representar o ápice da racionalidade

⁵⁴ Giovanni Tarello (2011, p. 219) indica algumas questões que podem melhor explicar “o problema penal” no séc. XVIII: “1) Existe, fazendo referência a qualquer sujeito, um direito de punir, ou seja, de infringir um mal a um outro sujeito, baseado na ação ou no modo de ser do segundo sujeito? 2) Admitindo-se que tal direito existe, a quem pertence? 3) Definido a quem pertence, contra quem se aplica? 4) Quais punições são lícitas, ou seja, que tipo de males podem ser infligidos a um sujeito em função de uma ação ou modo de ser deste último? Quais ações ou modos de ser podem ser tomadas como pressupostos de um direito de punir? 5) Existe uma relação natural entre o tipo de punição e o tipo de ação ou modo de ser punidos? Caso sim, que tipo de relação? Como se executam as punições?”.

⁵⁵ Segundo Tarello (2008, p. 7), “Código” e “codificação” são termos que remontam ao vocábulo do latim *Codex* (livro compacto com costuras na lombada). Entretanto, no período moderno essas palavras se apresentam como um vocábulo especializado: “um livro de regras jurídicas organizado segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para

ilustrada a partir do poder da lei em estabelecer os critérios de punição, os limites sobre a forma de se pensar o delito, as garantias processuais do acusado contra o arbítrio judicial, resumindo ao juiz a função de “boca da lei” (TARELLO, 2011). O código foi sem dúvida elevado ao patamar de uma verdadeira “mitologia jurídica da modernidade” (GROSSI, 2007) se tornando uma importante tecnologia para a modernização e adequação dos sistemas de justiça criminal europeus à racionalidade que se instituiu pós iluminismo.

Os códigos penais estabeleceram de vez “o ingresso da justiça no domínio exclusivo da lei”, deslocando a questão penal para o campo da política (SBRICCOLI, 2011, p. 476). Aqui, se trata de uma ruptura sedimentada pela inovação do direito penal que nasce como o produto do Estado Moderno, após um longo período de experimentações e de acumulação progressiva do controle penal nas mãos do soberano. As primeiras fricções contra o modelo penal dos soberanos não se deram tanto pela repressão dos pecados, “mas sim, [contra] a repressão das resistências à centralização, das resistências à nova ordem política, das resistências ao financiamento [...] da nova e custosa ordem política” (TARELLO, 2011, p. 221). No plano argumentativo, a solução dos juristas filósofos para o excesso de poder penal dos monarcas⁵⁶ foi depositar a legitimidade do exercício deste poder no seio da lei e, por consequência, do parlamento.

Cesare Beccaria propôs a inversão do modelo de punição que se deslocaria da garantia da vontade e interesses do monarca e repousaria na garantia dos direitos do indivíduo, sendo este o ponto fundamental de discussão do nascente direito penal. Em meio a este contexto é que se inserem as discussões sobre os princípios da legalidade, humanidade das penas, proporcionalidade, abolição da pena de morte e de penas cruéis e depois daqui abre-se o caminho para a substituição gradativa de modelo de pena até culminarem com a prisão como forma penal por excelência.

todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal, pela vontade dessa autoridade e por ela publicado, ab-rogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado a longa duração”.

⁵⁶ Neste aspecto o destaque é dado ao argumento utilizado de forma geral pelos filósofos reformistas nas críticas ao modelo de punição do Antigo Regime, especialmente ao caso Francês. Entretanto, para o presente estudo tais discursos devem ser lidos por seu conteúdo ideológico, já que a historiografia jurídica do Antigo Regime Luso demonstrou um aspecto simbólico do direito penal régio que operava a partir de uma economia da graça e que apesar de dispor de uma impressionante gama de condutas criminalizadas nas ordenações com penas severas, na sua prática redundava em um significativo pequeno número de condenações a penas severas (morte natural, galés, degredo). Segundo A. M. Hespanha o direito penal da Monarquia corporativa portuguesa se demonstra mais pela sua função simbólica do que real, já que incapaz de executar um controle punitivo efetivo das condutas desviantes, antes o rei se coloca num papel de árbitro, próprio do modelo corporativo que o sustenta. A função do direito penal neste contexto moderno procura representar “o sumo Poder do Rei de dispensador tanto da justiça quanto da graça” (HESPANHA, 1993, p. 297).

Como já explicitado, este modelo de reforma da legislação penal que os juristas modernos propuseram pressupunha um outro paradigma, qual seja o paradigma do indivíduo, livre, capaz e consciente de seus atos e, principalmente, com a garantia de seus direitos dentro de uma sociedade de indivíduos que estava emergindo, em aversão a uma sociedade de status, uma “sociedade de sociedades”. Observa-se que dentro deste conceito de direito penal moderno, o seu fundamento “está no consentimento ideal de um ser humano racional em relação aos direitos e deveres de súditos e soberano [...]. Tal acordo teria por objeto garantir aos súditos uma vida pacífica dentro de uma ordem social regrada” (QUEIROZ, 2012, p. 119). Este consentimento é a base da própria noção de contrato social que vinculava a visão dos penalistas modernos responsáveis pelo movimento reformista.

Como se sabe, o processo de codificação não restringiu sua experiência somente no contexto europeu. Tal tecnologia legislativa teve ampla adesão também nos novos países recém independentes saídos de longos processos de colonização nas Américas, e especialmente no Brasil. A questão principal problematizada neste capítulo diz respeito a forma como a codificação penal foi operada no contexto brasileiro do século XIX, imersa numa realidade marcadamente desigual em sua estrutura social e como os legisladores e juristas responderam a este processo de reforma penal. Questiona-se: o código, enquanto forma jurídica que expressou o ideal da razão iluminista, quando aplicado a uma realidade social estratificada, sob o apogeu do regime escravista, pode desempenhar o seu papel de fiador dos direitos e garantias individuais⁵⁷? Em caso de ser positiva a resposta, de que forma e com que ferramentas se instrumentalizou essa característica?

No Brasil o processo de codificação do direito penal também foi empreendido dentro deste contexto maior de adoção de ideias iluministas e reformadores e se deu num período de relevância para a construção do modelo de Estado Nacional forjado após a independência em 1822. Conhecedores do debate internacional e das tendências jurídicas europeias, os juristas brasileiros deste período, herdeiros da tradição jurídica portuguesa, ou formados em Coimbra, sabiam que as leis penais, com especial ênfase aos códigos, representavam uma importante

⁵⁷ A este respeito, é relevante a lição de Giovanni Tarello ao tratar da ideologia da igualdade jurídica como ferramenta importante para a codificação, ao adotar a figura do “sujeito único” (o indivíduo): “Essa igualdade diante da lei significou nada mais que unicidade do sujeito jurídico, e por isso foi, mais do que uma ideologia política, um instrumento técnico de simplificação dos sistemas jurídicos. [...]O igualitarismo jurídico do século XVIII operava somente, conforme suas matrizes ideológicas, sobre dois fronts: o das diferenças subjetivas estamentais e o das diferenças subjetivas religiosas. Por isso, o igualitarismo jurídico nos explica algo da estrutura dos códigos modernos e, em particular, da estrutura dos códigos napoleônicos, mas não explica tudo”. Continua ele afirmando que “a igualdade perante o direito que as políticas do direito que presidiriam os códigos perseguiram não se referia, certamente, às diferenças de sexo, mas apenas parcialmente às diferenças religiosas, de cidadania e de estado familiar” (TARELLO, 2008, p. 21-23).

tecnologia jurídico-política de modernização das estruturas burocráticas do Estado, e por este motivo nossos legisladores tiveram pressa e concluíram este processo em menos de uma década (NUNES, 2019, p. 136).

Ao lado da modernização jurídica do Império, que impunha a substituição das leis penais portuguesas ainda vigentes, os legisladores da codificação tinham que lidar com um outro problema que causava preocupação e urgência em resolver: a punição dos escravos. Mas como equacionar a especial questão da codificação tendo que se deparar com uma figura que, apesar de incômoda do ponto de vista jurídico racionalista, precisava ser mantida? Este é o ponto que pretendo também debater neste capítulo.

Para isso, pretendo fugir de esquemas que tendem a encarar a questão da escravidão como contraditória⁵⁸ ao regime jurídico da legalidade penal (BATISTA, 2016, p. 33 ss). Antes disso, a legalidade deveria responder de forma adequada à questão do controle penal escravista operado pelo Estado e encarado como crucial ao seu próprio funcionamento, sobretudo no momento em que o Brasil adotaria uma política aberta de ilegalidade do tráfico de escravos e investiria numa introdução maciça de novos africanos no Império entre as décadas de 30 e 50 do século XIX (MAMIGONIAN, 2017).

A respeito da relação do liberalismo com a escravidão, é relevante a lição de Achille Mbembe (2019, p. 144 ss) que, ao dialogar com M. Foucault, defende que a construção de um modelo de liberdades, sobretudo no limiar do século XIX, teve como resultado o cálculo de seu custo, sendo este custo representado por demandas de segurança e controle social, esta delicada relação da liberdade se deu ao custo da introdução de políticas do medo e da repressão aos escravos no Brasil. Dessa forma, “a economia do poder típica do liberalismo [...] se assenta no jogo cerrado da liberdade, da segurança e da proteção contra a onipresença da ameaça, do risco e do perigo”. O regime de controle e de segurança representaria, portanto, “a contrapartida das liberdades” (MBEMBE, 2019, p. 147).

Mario Sbriccoli (2011, p. 476) de forma assertiva destaca a marca que carregam os Estado Liberais do século XIX ao terem que administrar o “conflito entre ordem e liberdade”,

⁵⁸ Ao tratar do problema do direito penal e escravidão no Império, Nilo Batista (2016, p. 33-34, grifo do autor) afirma que: “A compreensão da programação criminalizante que teve seu núcleo no Código Criminal do Império do Brasil de 1830, bem como do sistema penal montado a partir dela, poder ser facilitada pela análise de dois grandes eixos, no primeiro dos quais encontramos a *contradição entre liberalismo e a escravidão*, e no segundo o movimento político de *descentralização e centralização*, que se valeu intensamente do processo penal [...]. A contradição entre a condição escrava e o discurso liberal era irreduzível: como disse Emilia Viotti da Costa ‘a escravidão constituía o limite do liberalismo no Brasil’”; Jurandir Malerba (1992, p. 34) também parece apontar para este sentido: “A sociedade e mentalidade escravistas eram incompatíveis com o liberalismo, que pleiteava uma horizontalidade entre indivíduos livres e iguais - pressuposto para as relações contratuais de livre mercado”.

representativos de uma dialética de prevenção do crime e repressão dos criminosos. Para Lachè (2020, p. 163-164) esse dilema exprime o “paradoxo da liberdade” enfrentado pelos Estados Modernos, já que se afirmaram a partir das liberdades individuais e políticas e tiveram que lidar com o problema de que essas liberdades podem ser usadas contra o próprio Estado, pondo em risco as suas estruturas fundantes. Esse paradoxo representa uma verdadeira tensão entre demandas de ordem e liberdade que passa a ser administrada pelo Estado, criando “zonas cinzentas” da legalidade penal.

No contexto brasileiro, uma produção normativa que possibilitasse o controle dos escravos era essencial para a própria viabilidade das liberdades conquistadas e asseguradas aos cidadãos no império, como verdadeiras contrapartidas que foram defendidas de forma veemente pelos políticos da codificação, representando a tensão entre a ordem interna do império calcada pela manutenção do sistema escravista e as liberdades conquistadas pelos novos cidadãos brasileiros.

Mas afinal de contas, a conciliação do sistema de liberdades com a necessidade de repressão escravista se instrumentalizou de que forma? Que tipos de escolhas jurídicas foram feitas a fim de concretizar o desejo da codificação com a necessidade de repressão escrava? Para melhor responder a este dilema, adotarei o conceito de duplo nível de legalidade de Mario Sbriccoli como referencial teórico, possibilitando com isso uma melhor compreensão do processo deste fenômeno, que foi capaz de articular a punição escravista no interior do Código Criminal de 1830 e em leis extravagantes, como foi o caso emblemático da lei de 10 de junho de 1835.

2.1 O *status* jurídico do escravo na Constituição de 1824 e sua implicação na codificação criminal

Adotando a premissa acima defendida de que o direito penal iluminista representou do ponto de vista de seus ideais uma camisa de força contra o poder de punir do Estado em defesa do indivíduo, este compreendido aqui no preceito de cidadania decorrente do pacto social, cabe aqui compreender como que juridicamente se delimitava a categoria jurídica do escravo no Império do Brasil. Para tanto, necessária uma análise da Constituição de 1824, e da doutrina jurídica que a interpreta e a outros dispositivos e institutos jurídicos civis relacionados à escravidão e sua implicação com o direito penal.

O art. 6º da Constituição do Império⁵⁹ elencava as hipóteses de status jurídico de cidadania no Brasil oitocentista, nele se incluindo os nascidos no Brasil, denominados “ingenuos ou libertos”, os filhos de pais brasileiros nascidos em país estrangeiros desde que viessem a estabelecer domicílio no Império, os filhos de pais brasileiros nascidos em país estrangeiro se estes estivessem a serviço do Império; os portugueses residentes no Brasil quando da independência, e os que se naturalizarem.

Os escravos não estavam inseridos no rol de cidadãos brasileiros: somente para aqueles que tivessem nascido no Brasil haveria a possibilidade de adquirir tal condição, apenas em caso de manumissão, momento em que se daria o “nascimento para a sociedade civil e vida política” na condição de libertos, entretanto gozando de direitos limitados (MAMIGONIAN, 2015, p. 185). Adotando um conceito estrito de cidadania a Constituição do Império excluía o status de cidadão aos escravos deixando sua regulamentação aos institutos de direito civil próprios do *ius commune* e da tradição jurídica do Antigo Regime lusitano.

De forma diversa, os escravos nascidos na África e trazidos ao Brasil foram totalmente excluídos do modelo de cidadania: não poderiam gozar destes direitos nem após serem alforriados. Esta não foi uma história tão simples, isto porque a fórmula jurídica para a cidadania dos escravos nascidos na África adotada pela Constituição de 1824 não refletiu necessariamente os debates parlamentares ocorridos durante a Assembleia Constituinte de 1823. Beatriz Mamigonian oferece um interessante panorama deste impasse da cidadania na construção do Estado brasileiro. Ao discutirem o teor do art. 5º, § 6º do projeto constitucional (correspondente ao art. 6º da Carta de 1824), os deputados questionaram o alcance do status jurídico dos escravos africanos. Apesar das disputas, havia consenso entre os constituintes em possibilitar aos africanos a cidadania, sem condições para naturalização, em caso de alforria de qualquer espécie. Com destaque às manifestações no plenário dos deputados José Martiniano de Alencar, pelo Ceará, e do deputado José da Silva Lisboa, pela Bahia, conclui-se que havia, portanto,

⁵⁹ “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização”.

consenso em expandir as possibilidades de acesso a cidadania aos africanos escravizados. Com a dissolução da Constituinte de 1823 e a outorga da Constituição de 1824, os escravos africanos ficaram num espaço jurídico apartado e complexo: “Nem eram cidadãos, nem estrangeiros” (MAMIGONIAN, 2017, p. 52-57).

Mas afinal, qual o significado jurídico da cidadania no Império e o seu alcance na tutela dos direitos? Na constituinte de 1823, os deputados chegaram ao debater acerca do sentido jurídico do termo “cidadão”, naquele momento, prevaleceu o consenso que designa cidadão “os membros do corpo social, que gozam de proteção das leis do país, mesmo que nem todos estejam habilitados a exercer direitos políticos” (MAMIGONIAN, 2017, p. 57).

Uma definição mais específica cabe ser aqui tratada. Para tanto, me valho das lições de Pietro Costa que define a cidadania como expressão da “relação de pertencimento de um sujeito a uma comunidade política; uma relação da qual decorre o conjunto dos ônus e dos privilégios, dos deveres e dos direitos dos quais goza um indivíduo em uma determinada sociedade”. A cidadania, portanto, abarca os direitos do sujeito, o gozo desses direitos por um indivíduo no âmbito de sua comunidade política representando este ponto – direitos individuais - um aspecto essencial do exercício da cidadania (COSTA, 2009, p. 57-58).

Os direitos individuais no contexto do século XIX, para serem efetivados, necessitavam de um ente e um aparato capaz de os garantir, aqui a importância do conceito de Estado de Direito (*potestas sub lege*) e sua vinculação com o conceito de cidadania. A tutela dos direitos individuais, ao contrário do que se possa concluir, não era garantida pelas constituições, que representavam cartas políticas, mas sim por meio das leis civis, as leis da *civitas* que regulavam as relações dos sujeitos com os direitos adquiridos no âmbito da comunidade política, na clássica acepção da *pólis* aristotélica (COSTA, 2009, p. 58-61, SILVA, 2010, p. 241). No processo de codificação do direito, caberia ao Código Civil a tarefa de regular e resguardar os direitos de cidadania dos indivíduos dentro de uma dada sociedade.

No caso brasileiro, além do Código Criminal, a Constituição do Império determinou que deveria ser “organizado um código civil [...], fundado em sólidas bases de Justiça e Equidade” (art. 179, XVIII). Apesar da pressa dos legisladores em editar a codificação penal, é sabido que quanto à codificação civil a história foi um pouco diferente. O Brasil veio a ter seu primeiro Código Civil somente em 1916, ultrapassando em muito os limites do período imperial.

A codificação do direito civil esbarrou necessariamente no problema representado pela escravidão, ao contrário da codificação penal que a inseriu no bojo da legislação. Houve

tentativas de se fazer o código civil do império, porém estas esbarraram em dificuldades conjunturais das elites que não prescindiam da regulação jurídica do escravismo e em questões políticas, aqui se destacando a recusa de Teixeira de Freitas - a quem ficou incumbida a tarefa de apresentar o projeto -, de regular a escravidão no seu projeto de código, que segundo afirmou, deveria figurar na regulação excepcional de um Código Negro⁶⁰. A primeira edição da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas foi publicada sem referências a escravidão, mesmo com parecer do Ministério da Justiça apontando para a necessidade de pelo menos apontar o estado das leis civis quanto ao instituto (PENA, 2005, p. 74).

O fato concreto da aversão de Freitas em mencionar a escravidão no corpo de sua Consolidação refere-se a famosa contenda ocorrida no âmbito do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), quando este exercia o cargo de presidente. Na ocasião, meses antes da publicação da primeira edição de sua Consolidação, foi colocada em discussão a condição jurídica do *status liber* e seus filhos, sendo defendida por Caetano Soares a condição de liberdade e por Freitas a manutenção da escravidão. O longo debate que perdurou por algumas sessões acaloradas do IAB resultou na vitória do argumento favorável à liberdade e na derrota dos argumentos escravistas de Teixeira de Freitas; em consequência dos ânimos acirrados, Freitas renunciou ao cargo de presidente e abriu publicamente na imprensa o seu descontentamento com desafetos e posições de membros do IAB (PENA, 2005, p. 79-119; DIAS PAES, 2019, p. 300-302).

O problema é que Teixeira de Freitas experimentou outra derrota em 1876, quando foi obrigado a fazer constar na segunda edição das Consolidações das Leis Civis do império as regras relativas a escravidão que fez questão de repelir de seu texto na publicação inicial. O fez por meio de inúmeras notas de rodapé ao texto principal (DIAS PAES, 2019, p. 281-283), operando assim o que se convencionou chamar de “código negro de rodapé” (PENA, 2005, p. 71-78).

A recusa de Freitas em regular a escravidão, entretanto, não parecia ser isolada na tradição jurídica oitocentista (GRINBERG, 2008, p. 56-57), já que no texto da Carta de 1824

⁶⁰ Citamos o trecho da 2ª edição Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (1876, p. XXXVII). Na Introdução que repete o mesmo texto da primeira edição, o autor adverte a exclusão de disposições relativas a escravidão: “Cumprido advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos também uma excepção, um capitulo 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 á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso Código Negro”.

não se encontra disposta a palavra “escravo”, sendo a marca da omissão uma característica do constitucionalismo brasileiro e português (SILVA, 2010, p. 233).

Desta forma, o direito civil brasileiro durante todo o império e um pouco além da república precisa ser lido a partir da tradição da doutrina jurídica herdada do modelo do direito comum que constituiu suas bases, sendo matizada pela influência jusracionalista e do iluminismo esclarecido português (reformas pombalinas; Lei da Boa Razão) e por outros instrumentos legais editados ao longo do século XIX no Brasil, como o Código Comercial e Lei de Terras de 1850 a própria Consolidação das Leis Civis de 1857 (FONSECA, 2007, p. 115-120).

A regulação da cidadania oitocentista brasileira esteve, portanto, muito ligada aos conceitos e institutos jurídicos do direito Romano e do direito comum. Sem o código civil, como importante instrumento de racionalização e simplificação do direito, coube aos doutrinadores disciplinar o conceito e os critérios para o exercício da cidadania. Este cenário representou a ausência de “um verdadeiro padrão de cidadania” que dificultava o gozo desses direitos pela maior gama das pessoas pobres e analfabetas, vivendo em espaços rurais e que tinham que conviver com a influência do pluralismo jurídico de diversas esferas (familiar, eclesiástica, local) que diminuía ou impediam a vigência e efetividade do direito estatal (FONSECA, 2007, p. 121).

Mas retomo a influência dos juristas neste percurso. José Antonio Pimenta Bueno, renomado jurista do império, na sua obra clássica “Direito público brasileiro e analyse da constituição” de 1857, ao tratar do art. 6º da Constituição, afirma que a condição de cidadão não se definia por critérios políticos, ou seja, não derivavam da própria constituição, mas sim eram estabelecidas pelas regras da lei civil:

A qualidade de nacional do brasileiro adquire-se pois segundo a lei civil, precede e é distinta da de cidadão activo; dizemos activo para differencar de simples cidadão, que é synonymo de nacional [...]. Parece-nos pois bem patente que a qualificação da nacionalidade é da alçada não da lei politica, sim da lei ordinaria ou civil (PIMENTA BUENO, 1857, p. 448-449).

Para Pimenta Bueno, a palavra cidadão que estampa o *caput* do art. 6º da constituição na verdade deveria ser empregada como sinônimo de nacional, ou seja, um membro do corpo político de uma nação, seja por nascimento, naturalização ou outros meios. Entretanto, esta condição de “simples cidadão” não conferiria ao indivíduo a qualidade “distinta da de cidadão activo”, ou seja, aquele com plenos direitos civis e políticos, capaz de exercitar os seus direitos individuais e participar da vida política. O reconhecimento do status de nacionalidade implicava alguns direitos e prerrogativas. Desta forma, segundo este autor, a própria constituição

diferenciou o cidadão ativo do simples cidadão, sendo o primeiro aquele que tem prerrogativas de votar e ser votado, cumprindo-se as exigências constantes nos artigos 90 a 97 do texto constitucional, que estabeleceu, dentre as restrições o voto censitário (“Os que não tiverem de renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos”) e a proibição de votar e ser votado aos libertos.

Outro importante jurista do império, Agostinho Marques Perdigão Malheiro, deixa mais nítida a condição do escravo logo no início da primeira parte de sua obra “A escravidão no Brasil: Ensaio histórico-juridico social”, onde delimita o status jurídico a partir da aplicação das regras do direito civil vigente no Brasil oitocentista, se fundamentando tanto na Carta Constitucional de 1824, quanto nas tradições do direito romano:

O nosso Pacto Fundamental, nem lei alguma contempla o *escravo* no numero dos cidadãos, ainda quando nascido no Imperio, para qualquer effeito em relação a vida social, politica ou publica. Apenas os libertos, quando cidadão brasileiros, gozão de certos direitos politicos e podem exercer alguns cargos publicos, como diremos.

Desde que o homem é reduzido á condição de *cousa*, sujeito ao *poder e dominio* ou propriedade de um outro, é havido por *morto*, privado de todos os *direitos*, e não tem representação alguma, como já havia decidido o Direito Romano. Não póde, portanto, pretender direitos politicos, direitos da cidade, na phrase do Povo Rei (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 2-3, grifo do autor).

Das conclusões de Pimenta Bueno e Perdigão Malheiro a conclusão é que cidadania era antes um instituto do direito civil⁶¹ (*ius civile*) do que uma decisão política de natureza do

⁶¹ A respeito da cidadania e dos direitos civis, para além das polémicas, cabe aqui a referência ao conceito de direitos civis que Teixeira de Freitas (1876, p. CXXVII – nota de rodapé) apresentou, o que fez em Nota de rodapé: “Que vem á sêr direitos civis? Que vem á sêr direitos do cidadão? Que vem á sêr direitos politicos ? Também ha outras deaominaçOes, como as de—direitos do homem, direitos naturaes, direitos inãiviductes, direitos privados, direitos públicos, direitos de cidade, direitos civicos. Todas estas denominações designão duas categorias de direitos, e só uma d'ellas é commum ás duas categorias, mas contendo uma antithese em relação á nacionalidade. Na mesma categoria os epithetos enunciaio idéas especiaes. Com o mesmo epitheto a idéa é mais ou menos extensa. Em uma das categorias entrao os direitos civis, direitos do homem, direitos naturaes, direitos individuaes, direitos privados, direitos públicos, Na outra categoria, os direitos politicos, direitos dê cidade, direitos civico}. A denominação commum éados—direitos do cidadão—, que prestase á designar os direitos das duas categorias, ora compreendendo os de ambas em itoda a sua plenitude, ou com restricçao; ora os direitos somente de uma das categorias, mas tend) por base a idéa de nacionalidade, opposta á idéa contraria. Os direitos do homem são individuaes,-povqne lhe-pertencem como individuo, e nao como membro de um povo; sao naturaes, porque constituem a natureza humana; sao priúaaos, porque respeitao immediatãmente ao interesse particular de cada um; sao civis e publicos, porque as leis (note-se bem) as leis, e nSa somente as leis civis, os-declarao, protegem, sancçionao, e regulSo. Esta expressão—direitos publicos—n^o tem uso entre nós, é dos Publicistas Francezes, que a-derivãrao de suas Cartas de 1814 ei830, alludíndo aos mesmos direitosindividuaes que aquellas Cartas declararão, e garantirão. Os direitos sao politicos, porque conferem ao cidadão a facultade de participar mais ou menos immediatamente do exercício ou estabelecimento do poder, e das funcçOes publicas; sao, quando tem verdadeiro character político, os direitos de cidade, direitos civicos, porque pertencem á vida política, e caracterisao os cidadãos por excellencia, os cidadãos activos. Também nao usamos d'estas duas ultimas expressões, que pertencem á Constituição í ranceza de 1799 fanno 8°). Temos portanto em ultima analyse os—direitos civis—e os—direitos politicos—,que sao todos os direitos dó homem e do cidadão. Mas quanto aos direitos politicos a idéa pôde sêr menos extensa no Governo Constitucional, designando unicamente aquelles direitos, que nos-fazem participar da formação, e açcao, dos grandes podêres públicos; isto é, dos que intervêm na confecção das leis, ou sao encarregados da sua execução. Quanto aos direitos civis a idéa também se-restringe, designando, nao todos os

direito público e constitucional. A própria Constituição reforçava esta conclusão uma vez que no seu art. 178 esclarecia o limite jurídico do termo “constitucional”. Na primeira parte do artigo se afirma que é constitucional “o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos”, note-se que considerando o significado dos direitos de cidadania, estes estavam fora do escopo de proteção da Carta de 1824. Na segunda parte do artigo 178 se diz que “tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”. Dessa forma, tanto Pimenta Buneo, quanto Perdigão Malheiro não estavam afirmando nada de estranho àquele contexto, apenas reforçavam o que era corrente na doutrina jurídica reforçada pelo teor das disposições da carta política.

Seguindo esses preceitos, a cidadania (*status civitatis*) deve ser compreendida como uma prerrogativa de gozo dos direitos plenos da cidade (*civitas*), derivados da tradição do direito romano, nos moldes apontados *alhures* por Pietro Costa. A condição para o gozo desses direitos se dava pela naturalidade, ou seja, a ligação do território a um Reino. “A naturalidade (*naturalitas*) era, portanto, a plena pertença a uma comunidade política plena [...], assente no laço natural de amor que ligava o povo entre si e ao seu senhor natural, cujo tribunal reconhecia como fonte suprema de justiça política (*pátria communis*)” (HESPANHA, 2015, p. 222-223).

Nas palavras de Perdigão Malheiro, como uma morte civil, a escravidão privava o sujeito escravizado da grande maioria dos direitos civis, relegando-o a categoria de miserável, excluído da vida política da comunidade. Tem-se aqui evidente um caso de hibridez de dimensões jurídicas e de modelos de justiça, um pautado na concepção de cidadania romana, a qual o escravo está excluído da maior gama de direitos e uma concepção de cidadania que, apesar de num primeiro momento se mostrar excludente, vai aos poucos ganhando outras matizes durante o século XIX, pautada em conceitos universalizantes como liberdade, igualdade e legalidade ao qual a sociedade e o mundo jurídico brasileiro daquele período ainda levariam algum tempo para assimilar (STORTI, 2016).

É bem verdade que a universalização do conceito de liberdade, de direitos e de garantias individuais deve ser historicizada neste momento, isto porque, o sujeito universal descrito pelas Cartas Constitucionais e Declarações de Direitos modernas deve ser entendido

direitos individuaes; mas unicamente aquelles, que sao regulados pelo Direito Civil propriamente dito, e que podem sêr objecto de um Código Civil. Tal é aaccepção, em que tomamos aqui os—direitos civis—. A accepção mais lata pertence ao nosso Direito Constitucional, que indistinctamente emprega as palavras —direitos civis— e —direitos individuaes— na inscripção do Tit. 8º, e nos Arts. 178 e 179, para designar todos os direitos, que nao são —direitos políticos”.

não por suas características gerais, mas sim, implicitamente, por suas formas concretas: homem, proprietário, compreendido no âmbito da estrutura da família (*pater familias*), implicado em formas de poder calcadas na docilidade e na pessoalidade, como um membro de uma *res publica* (COSTA, 2010, p. 74-73). O vocábulo “Homem” das declarações não deveria significar “ser humano”, mas sim “Homem branco” ou “Homem europeu” como uma baliza para a compreensão do alcance desses direitos e também para os mecanismos utilizados para diminuir o alcance de seus sentidos, tais como a restrição da cidadania e aos direitos políticos, como a imposição do voto censitário (SILVA, 2010, p. 240).

Retomando o texto constitucional, o título 8º estabelecia um novo regime de direitos e garantias individuais e políticas aos cidadãos brasileiros e é neste título que se insere o art. 179⁶², cujas formulações terão consequências para o direito civil, mas especialmente no nosso caso para as reformas jurídicas criminais, passando a regular a interpretação dos limites da codificação no Brasil. Isto porque a inviolabilidade dos direitos e garantias civis e políticas foi garantida tão somente aos cidadãos brasileiros definidos no artigo 6º. A propósito dos escravos, veremos mais à frente que algumas prerrogativas não serão asseguradas a eles no campo penal. Estes figuraram no *caput* do art. 179 muito mais como afetos à garantia de inviolabilidade do direito à propriedade dos seus senhores. Esta tensão entre garantia da propriedade privada e efetividade da justiça será em muitas vezes colocada em choque. Dessa forma, não será incomum casos senhores escravistas agindo ativamente em processos criminais para diminuir o seu prejuízo financeiro com a perda de alguns escravos⁶³ e mesmo dos próprios juristas que criticaram abertamente a imposição de pena de galés aos escravos⁶⁴, sob argumentos de que o Estado estaria assim se apropriando pela via penal da propriedade alheia e mesmo que as galés

⁶² “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

⁶³ Os escravos Gil, Manoel, Quintiliano, Marciano e Joaquim foram presos e processados por terem assassinado o feitor da Fazenda S. João da Barra, no município de Vassouras, província do Rio de Janeiro em 1879. Após tentativas frustradas de descaracterizar a função de feitor da fazenda da vítima, o proprietário dos réus escravos, Antonio de Souza Guimarães, obterá êxito em se livrar do prejuízo de perder seus 5 escravos para o cadafalso em consequência das disposições da lei 4 de 10 de junho de 1835. O júri, ocorrido em 20 de dezembro daquele mesmo ano negará pelo placar de 9 a 4, o quesito que perguntava se a vítima era feitor, também o júri negará o quesito do “ajuste prévio”, que elevaria o grau do crime. Os escravos foram condenados por homicídio simples e o juiz de direito converteu as suas penas de morte em aplicação de 400 açoites para cada réu, na forma do art. 60 do Código Criminal de 1830 (Processo criminal, 1879, Apud in: BATISTA, 2007, p. 27-33).

⁶⁴ Discurso do parlamentar Marim Francisco, registrado por Vicente de Souza (*Apud* MALERBA, 1992, p. 106): “O que é o serviço de galé? É a licença para possuir e para vender pequenos objectos, resultado da industria dos escravos que se acham presos: é a vida em intimidade com os guardas; é, pela concessão desse pequeno peculio aos mesmos guardas, uma vida de quasi liberdade. (...) Os escravos, pois, reconhecem a pena de galés como um grande melhoramento em relação ao serviço a que são sujeitos nas situações rurais...”.

poderiam ser compreendidas não como uma pena, mas uma alternativa menos dolorosa aos escravos do que o cativo.

Compreender o enquadramento jurídico da escravidão e da cidadania brasileira no século XIX é importante tendo em vista que, como veremos à frente, algumas garantias constitucionais penais não foram asseguradas aos escravos, assim como que a regulação jurídica da punição escravista ultrapassará as balizas do iluminismo reformador que deu fundamento ao modelo da codificação, a fim de se efetivar o controle policial sobre os escravos.

É certo que no direito penal o escravo figura na qualidade de pessoa, dentro das suas limitações inerentes a seu estado. Cabe aqui questionar e entender como e com que estruturas as diferenças de tratamento foram justificadas. A fórmula jurídica dos artigos 6º e 179, *caput*, pode ser um caminho neste processo, já que poderia justificar a adoção no plano jurídico de regimes legais diferenciados quanto a sua aplicação, quando determinados especificamente pela condição do sujeito, na qualidade de escravo.

A hipótese aqui defendida é que a morte civil e a exclusão desses sujeitos da condição de cidadãos podem ter servido como argumento jurídico tanto de parlamentares como de juristas no império para a adoção de regimes de penas e castigos diferenciados e mesmo de regimes de tramitação excepcional de processos e execução de pena quando os réus fossem escravos, já que estes não estavam amparados pelos direitos e garantias dos cidadãos brasileiros.

A codificação penal que em seu modelo conceitual impunha a consideração do status de indivíduos e sua proteção, demandando tratamento igualitário entre os sujeitos objeto do poder de punir estatal, no Brasil teve que ceder ao fato incontornável da desigualdade estruturante daquela sociedade que pretendia a adoção de novas estruturas jurídicas iluministas e racionais, mas que enfrentava as questões impostas de um lado pela influência de modelos de justiça e de direitos ainda vinculados a tradição doutrinal do direito do *ius commune* e por outro pela escolha da continuidade da escravidão até o declínio do Império.

2.2 Um Código liberal para conservadores: O Código Criminal de 1830

Os esforços dos legisladores brasileiros na formulação dos códigos não eram pequenos. Era preciso redefinir toda a estrutura de direito até então alicerçada num modelo jurídico da monarquia corporativa portuguesa. A constituição aboliu os privilégios da nobreza e estabeleceu o princípio da igualdade, adotando o pilar da racionalidade jusnaturalista e os

princípios reformadores do direito penal. Era preciso, de fato, iluminar o direito penal com as luzes e os auspícios das novas leis europeias.

Conforme destacado por Paulo (2008, p. 179 e ss), grande parte da cultura jurídica que balizou os códigos brasileiros já estava assentada no iluminismo português a partir das ações e reformas pombalinas no fim do século XVIII, destacando a importância da Lei da Boa Razão de 1769 que passou a orientar a interpretação da legislação e mais amplamente do direito português, quando a jurisprudência dos tribunais ganhou papel relevante na aplicação do direito penal régio, diminuindo de forma significativa as disposições das Ordenações Filipinas que foram matizadas por posições jusracionalistas.

O cenário político e social do Brasil dos primeiros anos da independência era crítico, em meio a turbulências que envolviam as tendências autoritárias de Dom Pedro I. Os parlamentares já haviam vivenciado a experiência da dissolução da Assembleia Constituinte em 1823 pelo novo imperador. As disputas políticas entre as facções de políticos liberais radicais e liberais conservadores em torno das discussões sobre a legitimidade do poder da monarquia e sobre quem deveria ser depositada a soberania política no país independente levaram o representante dos Bragança a intervir no parlamento e dissolver a Constituinte em 1823, outorgando a Constituição de 1824, onde os interesses da monarquia ficaram preservados, garantidos, dentre outros, por meio do poder moderador (SLEMIAN, 2009, p. 87-100).

Um ingrediente a mais neste cenário foi a morte de Dom João VI em 1826, abrindo a sucessão na monarquia lusa. Dom Pedro I, sucessor legítimo para assumir o trono abdicou de seu direito em favor de sua filha menor Dona Maria da Glória II. Com isso manteve-se ligado entre Portugal e Brasil, causando desconfiças e tensões de ambos os lados. Neste período de regência do trono português era o irmão Miguel quem exerceria as funções de governo. Em 1828 as Cortes Portuguesas se reúnem e decidem que o imperador do Brasil e sua filha haviam perdido seu direito sucessório, uma vez que Pedro já era rei de outra nação. Neste cenário Dom Miguel se autodeclarara rei de Portugal, e as decisões das Cortes e do irmão resultam em grande desconforto a Pedro. O clima de disputa pelo poder aumentou gerando consequências nos solos português e brasileiro. Por aqui, a realidade se tornava cada dia mais hostil ao imperador que tentava responder aos problemas sociais e políticos com repressão (PIROLA, 2013, p. 23). É neste cenário que vamos assistir à edificação da codificação penal brasileira do Império.

A tramitação do anteprojeto do Código Criminal de 1830 foi objeto da pesquisa de Vivian C. Costa (2013), que analisou de forma detalhada todo o processo político da conjuntura dos anos que antecederam a promulgação deste diploma, discutindo as duas propostas de código

apresentadas à Câmara dos Deputados pelos parlamentares José Clemente Pereira (Rio de Janeiro) e por Bernardo Pereira de Vasconcelos (Minas Gerais), sendo a proposta do segundo deputado a que foi escolhida para ser trabalhada pela comissão legislativa responsável pela análise e tramitação. A pesquisa de Costa se valeu de um importante aporte de fontes desde os anais da Câmara dos Deputados e do Senado, indo até a confrontação dos projetos apresentados com outros modelos de codificação europeus (Espanha, França, Portugal), e o modelo de Eduard Linvingston. Segundo Dantas (2011) e Costa (2013, p. 287-300), neste contexto o Código de 1830 representou uma importante arma jurídica do parlamento contra as posturas despóticas do Imperador, ao mesmo tempo em que significou um instrumento necessário para o aparelhamento da nação.

Neste contexto de tensão social, o tom liberal do Código Criminal de 1830, além de se inserir num cenário maior de atendimento às tendências do processo de reforma dos sistemas de justiça criminal, com destaque ao elogio feito pelo imperador ao trabalho das casas legislativas na sua fala do trono de 30 de novembro de 1830, logo após finalizada a aprovação do texto final remetido para sanção⁶⁵, respondia também a uma demanda crescente de aumento da pressão política do imperador que se valia da repressão penal contra os que se opunham à sua atuação política no país recém emancipado.

A este respeito, a forma como os deputados dispuseram no corpo do diploma dos crimes políticos é sintomática deste momento. Foram abolidas as penas capitais aos delitos de conspiração (arts. 107 e 109 do CCrim) e rebelião (art. 110 do CCrim), assim como de todos os crimes políticos disciplinados pelo texto legal. A redefinição do crime de traição segue o mesmo peso simbólico, já que a redação dos tipos penais que envolviam a concepção de tal prática no âmbito do Antigo Regime, agora o vinculavam diretamente a uma nova concepção, “como atentados direcionados à segurança do Estado e à ordem pública e não mais ao poder encarnado na pessoa do monarca” (COSTA, 2013, p. 286 e ss). Arno Dal Ri Jr (2009) aponta que a despeito das críticas apresentadas por figuras como Beccaria ao *crimen laesae maiestatis* e a relevância da discussão deste aspecto para a questão penal daquele momento, o fato é que se operou gradualmente uma alteração da estrutura destes delitos transfigurando-os como crime *lèse-république*, que marcarão o fenômeno da “hipertrofia do político”, ou seja, a emergência das

⁶⁵ Fala do trono no encerramento da Assembleia Geral Extraordinária de 30 de novembro de 1830: “Eu venho fechar esta sessão extraordinária, levando cada uma das Câmaras em separado pela fiel execução do art. 61 da Constituição do Império, e a assembleia geral pelo complemento de grande parte de seus trabalhos. O Código Criminal, a lei do orçamento, a lei da fixação das forças de terra e a da fixação das forças de mar são provas sobejas, e não equívocas, do interesse que a assembleia geral toma pela briosa nação que representa” (FALAS DO TRONO, 2019, p. 169-170).

categorias de “crimes contra a segurança do Estado” que encontrarão no “regime do Terror” da Revolução Francesa um espaço importante de experimentação de arbitrariedades cometidas em nome da liberdade

De acordo com Dantas (2011) e Costa (2013), neste período conturbado da política nacional, os deputados agiram de forma a mitigar os poderes do imperador na disciplina dos crimes políticos, atenuando possíveis ações que seriam direcionadas a eles próprios. A memória de 1823 e as duras repressões à Revolução Pernambucana de 1817⁶⁶ e à Confederação do Equador em 1824⁶⁷, aliados à ebulição do cenário político e social contra o imperador explicam como que de certa forma o Código Criminal respondeu, segundo a perspectiva destas autoras, como instrumento político e jurídico de oposição a Dom Pedro I.

Promulgado em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império do Brasil viveu pouco à presença do imperador que em abril de 1831 abdicou do trono brasileiro para disputar a Coroa portuguesa. Para além das disputas políticas em torno das interferências do monarca na vida política do país, o código de fato representa os anseios de diversas tendências liberais que compuseram o parlamento brasileiro entre 1827 e 1830. O projeto de Vasconcelos sofreu diversas alterações durante o processo de tramitação, inspiradas em diplomas estrangeiros sobretudo buscando atender ao objetivo principal de modernização e reforma da legislação penal pátria ao modelo ocidental em voga (NUNES, 2018). As escolhas parlamentares procuraram conjugar os liberalismos com as urgências internas, das quais a repressão e contenção dos desvios escravos eram sem dúvida um ponto sensível.

Nos anos que se seguiram, a política brasileira encontrou na regência, por meio do “regresso conservador”, a reconformação política que demonstrou uma tendência do conservadorismo na atuação legislativa e das instituições do Estado. Antes de servir como uma arma política contra a Estado encarnado na imagem tirânica do imperador português, o Código Criminal e as alterações no Processo Criminal em menos de uma década de sua vigência irão cristalizar o conservadorismo e as tendências de repressão escrava, atendendo tanto aos anseios das elites agrárias e escravistas que compunham o legislativo, quanto a manutenção da ordem que dava sustentação ao próprio governo imperial brasileiro por meio da manutenção do escravismo e da ordem.

Neste mesmo cenário será promulgada a lei excepcional mais dura do império, depois alcunhada de *lei horrenda, lei nefanda*, que foi a lei nº 4 de 10 de junho de 1835. Segundo

⁶⁶ Para mais detalhes ver: BERNARDES, 2011b, p. 69-96)

⁶⁷ Para mais detalhes ver: BERNARDES, 2011a, p. 133-166)

Mattos (1987, p. 103 e ss) o triunfo conservador do período do “regresso” reduzirá as “ilusões liberais a quase pó”. Os “Luzias”, termo que identificava os liberais, deveriam ficar relegados ao ostracismo enquanto que o ritmo político e do tempo seria ditado por uma postura “Saquarema”, conservadora e concentradora dos poderes em torno do governo do Império.

2.3 Punição escrava e duplo nível de legalidade

O enfrentamento da repressão escravista pelo Estado brasileiro no século XIX demandava medidas efetivas de contenção das diversas revoltas e rebeliões escravas ocorridas no período anterior à independência, sobretudo no limiar da regência, após a abdicação de D. Pedro I e seu retorno a Portugal para disputar a sucessão do trono português. Para efetivar os objetivos de manutenção do sistema escravista e de contenção das insurreições e agitações escravas, a solução jurídica adotada, a despeito de parecer contraditória, respondia a um anseio maior de contenção e repressão a fim de garantir as liberdades conquistadas pelos cidadãos brasileiros e cristalizadas nos códigos de 30 e 32 (ANDRADE, 2020, p. 136 e ss).

Tanto o Código Criminal de 1830 quanto a legislação de repressão à ação de escravos que intentassem contra a vida de seus senhores (lei de 10 de junho de 1835), demonstram que se operou no Brasil um duplo nível de legalidade, onde seria possível num primeiro nível de legalidade garantir que se respeitavam as regras dos códigos aos cidadãos brasileiros e num segundo nível de legalidade, marcado pela excepcionalidade, a punição se daria a despeito de certas disposições legais para a manutenção da ordem.

O conceito de duplo nível de legalidade (*doppio livello di legalità*) foi desenvolvido pelo professor Mario Sbriccoli (2009, 2010, 2011) ao estudar o processo de reforma e codificação penal italiana do século XIX, no contexto da unificação do Império no século XIX (*Risorgimento*), e do fascismo italiano do século XX. A legislação penal italiana foi forjada com base nos postulados do iluminismo penal e no princípio da legalidade, estabelecendo-se assim um sistema jurídico de garantia dos direitos do cidadão. Em contrapartida, o contexto social conturbado demandava a repressão do dissenso político, o que foi feito por intermédio de leis excepcionais que subvertiam a ordem legal do código sem derroga-lo para os casos comuns, criando níveis diversos de legalidade.

Buscando compreender como se pôde chegar a um modelo de punição conciliador entre os intentos de ordem social e das liberdades individuais, Sbriccoli nos demonstra que na

Itália do século XIX, após a vigência do primeiro Código Criminal italiano (1889), conhecido como *Código Zanardelli*⁶⁸ - com bases marcadamente liberais, mas que deveria responder a uma Itália não liberal-, se forjou paralelamente uma legislação de emergência, que subvertia a ordem legal do código, cuja importância estava na repressão do dissenso político e das agitações sociais representadas no processo conhecido como *Brigantaggio meridional*, período conturbado de unificação política italiana e que culminou na perseguição de adversários políticos do poder (COLAO, 2008, p. 3-4).

A “parábola do direito penal moderno” se demonstra em meio a este processo histórico de emergências políticas e demandas por repressão do dissenso e afirmação dos interesses do Estado como instrumento de defesa social. Enquanto “a legalidade penal [...] tornou-se terreno privilegiado de uma luta pela liberdade e os direitos do indivíduo. O delito político constituiu então um termo de confronto em negativo” (MECCARELLI, 2009, p. 1), ou seja, no espaço de repressão ao crime político as garantias penais foram negadas a pretexto da defesa dos interesses de manutenção da ordem jurídica contra o indivíduo, visto como um perigo a ser combatido.

Este aspecto é relevante para a compreensão do impasse em que o penal esteve imerso, já que em grande parte a retórica reformista do movimento filosófico do iluminismo penal centrou suas investidas em concentrar no instrumento da lei o *lugar* de privilégio da salvaguarda dos direitos e garantias individuais contra o absolutismo penal, já que a lei seria capaz de representar a vitória da razão, resguardada pela soberania da representação parlamentar, impondo um limite civilizatório na intervenção penal. Entretanto, ao alçar o problema penal para o campo da lei e ao inserir os conflitos penais no campo da política, os juristas passam a viver um dilema capital, passando a ter que administrar o “conflito entre ordem e liberdade” (SBRICCOLI, 2010, p. 476).

A questão colocada por Sbriccoli possui uma enorme relevância para a compreensão não só dos impasses do iluminismo, mas sobretudo das alternativas encontradas para a equação do binômio liberdades-ordem. “Quais dos dois interesses deveriam prevalecer quando parecessem inconciliáveis? E poderia um Estado comprimir (ou suspender) as liberdades dos cidadãos para conservar a si mesmo, assumindo a própria conservação como condição para existência dessas liberdades?” (SBRICCOLI, 2010, p. 476).

Atendendo às urgências colocadas pelas convulsões e demandas sociais, que torcia o penal a fim de assegurar a efetiva repressão do inimigo político interno do Estado italiano

⁶⁸ Para maiores detalhes sobre o processo de construção do código e a sua importância do ponto de vista político e da construção de um direito penal liberal italiano, ver NUNES, 2010, p. 46-52 - 1.1.2 Código Zanardelli.

(COLAO, 2008), se assistiu a uma impressionante edição de leis excepcionais que se apresentavam pelo signo da emergência, o que possibilitou uma impressionante expansão da ação penal do Estado, “tendente à duplicação dos níveis de legalidade que constituem um traço originário dos sistemas de legalidade penais europeus” (MECCARELLI, 2009, p. 2).

O processo de civilização do direito penal, ao tentar fugir das armadilhas impostas pelo *arbitrium* da interpretação judicial e das atrocidades das punições corporais dos Estados absolutistas, apostou suas fichas na resolução deste impasse no mito da lei e da legalidade enquanto espaços de garantia dos direitos individuais em face do poder do Estado, excluindo a possibilidade de operação das exceções dentro da moderna penalística (MECCARELLI, 2008, p 1). Ao fazê-lo, a operação da exceção se deu dentro de sua própria lógica da legalidade, se utilizando da emergência enquanto categoria de sustentação, resultando inevitavelmente no duplo nível de legalidade.

Este processo histórico é possível ser observado também em outras experiências jurídicas europeias, como é o caso da história penal francesa, o que torna ainda mais relevante seu tratamento na pesquisa. Por meio da lógica da emergência, foram criados na França os Tribunais Extraordinários, que excluía do julgamento pelo júri determinados sujeitos e determinadas categorias de crimes e impossibilitavam o recurso da decisão ao Tribunal de Cassação, medida aprovada por uma lei especial em 1801. A lei que deveria vigor por um período específico foi sendo prorrogada até a sua final inserção dentro do corpus do *Códe Penal* de 1810, as justificativas para a permanência da exceção no código repousavam na necessidade de repressão do banditismo e na punição dos dissidentes políticos do Estado (SOLIMANO, 2020, p. 73-76). Outro instrumento de exceção largamente utilizado por Napoleão na repressão criminal foi a figura da detenção administrativa, espécie de prisão de caráter policial, que prescindia de acusação e processo criminal e que visa punir “os sujeitos potencialmente perigosos para a segurança do Estado, um aparato policialesco que responde somente ao Ministro da Polícia”. Os detentos ficavam sob o poder do próprio chefe de Estado que se abstinha de qualquer controle judicial sobre os atos de repressão (SOLIMANO, 2020, p. 78).

O que se pode verificar no caso francês é que a incidência do duplo nível de legalidade se deu ao longo de sua consolidação a partir de reformas no interior do próprio código penal, enquanto que no caso italiano, se apresentou na forma de edição de leis penais de emergência. “O método francês pende para conceber as medidas de emergência que reformam a disciplina do código; o italiano pende a mantê-los como corpos normativos distintos” (MECCARELLI, 2009, p. 11-12).

Neste contexto de tensões, ao operar como subterfúgio de defesa da própria estabilidade do Estado, a legalidade penal passa por um progressivo processo de esvaziamento de sua força axiológica até se tornar um mero instrumento técnico a serviço da ação do Estado, deixando de lado o seu escopo como um instrumento de garantia do indivíduo e de afirmação da convergência dos direitos individuais em face da garantia da intervenção penal do Estado. O penal se transfigura, dessa forma, em “uma arma do Estado voltada contra seus inimigos” (MECCARELLI, 2009, p. 14). Este duro dilema apontado por Sbriccoli (2009, 2011) nos alerta que a história penal deve ser entendida em seu caráter de complexidade, de avanços, retrocessos, não como uma história determinista que entende e vê o progresso do direito como um caminho inevitável e contínuo rumo a uma marcha civilizatória das intervenções do Estado (NUNES *et al*, 2018).

A ruptura de paradigma jurídico operada pelo iluminismo penal e por seu movimento reformista, quando analisada a partir do ponto de vista de uma transição, que requer continuidades, torna possível a compreensão do conceito de duplo nível de legalidade para a codificação. Enquanto que para a legalidade penal o problema se coloca no âmbito da emergência, para a tradição jurídica do *ius commune* o problema estava no âmbito da extraordinariedade (MECCARELLI, 2008). Tal influência que a tradição jurídica do *ius commune* operou no processo força a reflexão sobre essas rupturas e continuidades jurídicas quando observamos o advento do direito penal hegemônico, como instrumento único da tutela dos conflitos penais e de garantia dos direitos do indivíduo contra o poder estatal.

A fim de solucionar conflitos no interior da normatividade, a doutrina do *ius commune* adota a categoria do *ordinarium* e do *extraordinarium* para descrever um regime jurídico da *legis* e de exceção a *legis*, ou regime de regra e “traição à regra” sendo este um procedimento específico de estruturação do próprio ordenamento jurídico:

O *extraordinarium* age onde o *ordinarium* revela-se inadequado. Torna-se, em certos contextos, um *remedium*, ou melhor, um *remedium necessarium*. O *extraordinarium*, de resto, serve também para suprir *ordinarium* onde ele resulte carente, por exemplo, quando se manifesta um *casus novus* ou onde existam razões que possam ser reconduzidas a uma *publica utilita* (MECCARELLI, 2008, p. 4).

A tarefa de organizar o direito e o próprio ordenamento jurídico, dentro da estrutura normativa do *ius commune* era uma tarefa reservada aos juristas e mais especificamente à interpretação jurídica realizada pela jurisprudência, como forma de conformação e reestruturação do direito. Sendo assim, o *extraordinarium*, entendido como algo fora das respostas comuns da regra do direito não poderia ser compreendido como exterior ao

ordenamento, como algo externo à lógica do ordenamento, pelo contrário, o *extraordinarium* reforça o próprio poder normativo do direito ao adequá-lo a situações novas ainda não previstas nas respostas até então interpretadas. Por isso, que segundo este conceito, não se suspende o ordenamento jurídico como pretendem proposições metodológicas como o conceito de Estado de Exceção⁶⁹, mas se reconfigura o vigor e a ordem normativa do direito, a partir de regras internas que compatibilizam o extraordinário com os princípios fundantes do sistema (MECCARELLI, 2008).

Na esteira do estabelecimento do penal hegemônico, o campo de construção de uma ordem jurídica ordinária se colocou fatalmente no espaço da lei, despojando os juristas da função de interpretação e criação do direito a que tinham no universo do *ius commune*. E reside justamente no apogeu da lei enquanto instrumento de justiça e estruturação do direito penal moderno de um lado o seu ponto de força, porque assentada na soberania, mas também da sua fragilidade. A legalidade penal sintetizará o “campo semântico no qual pensar os regimes jurídicos de exceção não é mais aquele da correlação entre *ordinarium* e *extraordinarium*, mas sim o da contraposição entre ordinário e emergencial” (MECCARELLI, 2008, p. 8).

É sob o signo da emergência, como um elemento que passa a estruturar a ação da política estatal de combate ao inimigo e aos dissidentes políticos, pautados pela relevância da eliminação do dissenso que será possível a operação de um duplo nível de legalidade. Neste momento são as razões de ordem política que passam a pautar as regulações jurídicas e não as justificativas jurídicas de conformação e adequação do ordenamento feito pelos juristas do *ius commune*. São as crescentes demandas por controle e ação repressiva do Estado que passam a guiar as disputas políticas que entraram de vez no âmbito penal pelo signo da lei e esta terá que passar a responder de forma adequada a estas novas demandas emergenciais (MECCARELLI, 2008).

O novo paradigma da emergência possibilitou, dessa forma, a estruturação legal da repressão e do controle das massas e populações neste processo intenso de manifestações sociais por mais direitos na Europa e erupção de movimentos sociais com demandas de novos direitos ante aos conflitos oriundas da Revolução Industrial, a reorganização espacial e política da Europa, e a formação de grandes centros urbanos. A legalidade dos códigos torna-se um instrumento ineficiente para a efetivação de uma adequada respostas a esses diversos conflitos, o que passará a demandar a edição de legislações de emergência, paralelas aos códigos, com o

⁶⁹ A referência realizada por Mecarelli (2008) se dirige diretamente ao conceito de Estado de Exceção defendido por Agamben (2004).

fim específico de reprimir e conter a disseminação dos conflitos políticos na Itália especificamente e na Europa amplamente, com um aumento significativo do poder policial dos Estados.

Este fenômeno que pode ser apreendido já no período da unificação italiana, ganhou novos contornos no período fascista, que impulsionado por uma ascensão do viés técnico-jurídica do direito penal, despojou a legalidade de toda a sua carga axiológica estruturante, reduzindo, como já se disse acima, como um mero instrumento legal a serviço do Estado contra o indivíduo, como uma verdadeira arma apontada aos cidadãos a serviço do controle penal. A edição de leis de emergência, seja criando novos tipos penais, seja alterando as formas do processo criminal, demonstra a importância do estudo deste caráter que pode ser observado em alguns sistemas penais que se constituíram com base no movimento reformador e na legalidade penal essencialmente.

Com efeito, é possível de forma antecipada perceber que a adoção de um duplo nível de legalidade no Brasil do século XIX se deu de duas formas distintas, a primeira de modo interno, se aproximando do caso francês, em que as modificações eram operadas no interior do código penal, como é o caso emblemático do art. 60 do Código Criminal de 1830, e como o são também os casos dos art. 113, 114 e 115 do Código que tratam da hipótese do crime de insurreição escrava.

A lei nº 4 de 10 de junho de 1835 se aproxima mais do modelo italiano, pautado pela emergência, disciplinando forma distinta do processo criminal para os crimes de homicídio e lesões corporais de escravos cometidas contra seus senhores, membros da família ou prepostos da administração senhorial, aplicando a pena de morte, impondo forma distinta do julgamento com a alteração do quórum do júri (2/3), impossibilitando o recurso de apelação desta sentença, impondo a execução de pena sumária e o apelo para a graça imperial.

Partindo do conceito de duplo nível de legalidade, pretendo contribuir também ao debate apresentando a hipótese de que o art. 14, § 6º do Código Criminal do Império pode também ser compreendido dentro deste fenômeno, ao possibilitar num primeiro momento a convivência de modelos de punição diversos e plurais, quais sejam a punição doméstica, com punição legal do código, e num segundo momento, legitimando dentro do modelo da codificação os poderes punitivos dos senhores escravistas empreendidos dentro da tradição jurídica das prerrogativas sobre a Casa, haja vista que estes atos de punição recebiam uma importante excludente de ilicitude que não pode ser ignorada pela historiografia penal.

2.4 Os açoites como pena pública aos escravos

O problema da pena de açoites instituída pelo Código Criminal do Império chama atenção na análise deste do diploma. Alguns estudos clássicos discutiram os açoites em meio às técnicas de castigos e sevícias que permeavam o cotidiano da escravidão brasileira, nesta corrente destaco os trabalhos de Artur Ramos (1942), José Alípio Goulart (1971) e Lenine Nequete (1987), tendo os dois primeiros enfatizado de forma geral os castigos escravistas, desenhando o cenário de uma escravidão benévola no Brasil, o que nos últimos anos se contesta pela historiografia da escravidão (LARA, 1987). Já Nequete se preocupa em expor de forma descritiva as origens romanas das práticas de açoites em escravos e as suas dinâmicas na história jurídica brasileira. Há que se destacar os importantes esforços de Nilo Batista (2007, 2016) em estabelecer a discussão da escravidão como mote para compreender o controle penal no Brasil do século XIX. Nos seus estudos os açoites aparecem como uma parte deste esforço.

O recente trabalho de Ricardo Sontag (2020) merece atenção, uma vez que ao abordar os açoites enquanto elemento de fricção do modelo de controle penal civilizatório do Código de 1830 com as demandas de ordem e controle, aponta para a ocorrência de um duplo nível de legalidade nesta pena. Este autor foi buscar nos discursos dos manuais jurídicos criminais publicados na vigência da escravidão, apresentando elementos instrumentais para pensar a possibilidade de se pensar numa “penalística civil” brasileira. Adianto que suas conclusões são negativas neste sentido, apesar do mérito da atuação dos abolicionistas para pressionar pela abolição da pena de açoites.

Ao se analisar o conteúdo do Código Criminal do Império não há como não causar incômodo e estranheza a passagem pelo polêmico art. 60:

Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta (BRASIL, 1830).

Este dispositivo imprime uma importante fissura no interior do diploma, abrindo margem para contestações sobre a incompatibilidade deste tipo de pena com o regime jurídico reformador e o próprio caráter iluminista do Código Criminal, elevado a exemplo de legislação penal, tendo sido adotado como modelo para outros códigos, como foi o caso do Código Espanhol de 1848 (NUNES, 2018).

A questão principal residia no fato de o código ter alçado os açoites a categoria de pena, afinal este deveria ser um modelo de legislação que introduziria o sentido da modernidade na punição, deixando para traz as leis nefandas e bárbaras, alcunha que os juristas e parlamentares deram em tom retórico ao Livro V dos Ordenações Filipinas. Interessante ressaltar que o código brasileiro não é o único caso de imposição de pena de açoites, o Código da Baviera de 1813⁷⁰ também manteve os açoites em suas disposições, entretanto sem fazer referência a uma categoria específica de indivíduos sujeitos a esta pena, que é o problema do código brasileiro.

Perdigão Malheiro, ao tratar deste assunto, lamentou a existência de disposições como a do artigo 60 na legislação penal do império. Segundo este autor, a escravidão, “esta mancha negra da nossa sociedade estendeu-se á legislação, e denegrio algumas de suas paginas, quando sem isto nosso Codigo Penal é um dos mais perfeitos dos tempos modernos” (PERDIGÃO MALHEIRO, 1860, p. 24-25).

De acordo com o eminente jurista e parlamentar abolicionista, a escravidão se entendeu à legislação “como uma mancha negra”, denegrindo o belo trabalho da codificação, digno de notas e remissões por seu caráter liberal e humanitário. O fato é que diferente da postura de Teixeira de Freitas, a escravidão estava inserida no conteúdo do código criminal, imprimindo a realidade desigual e cruel que a continuidade do escravismo impunha naquele momento. Neste aspecto, é interessante notar que nos debates parlamentares chegou a se pensar em apartar as disposições criminais aos escravos em um “código negro”, adotando o modelo do *Côde Noir* francês de 1685 e dos *Black Codes* da tradição do *commom law*. Ante a urgência

⁷⁰Art. 25. VII – Castigo corporal.

O castigo corporal não poderá jamais exceder o número de cinquenta golpes.

O número de golpes deverá ser especificado na sentença.

O dito castigo será aplicado sobre as costas expostas, com um chicote feito de varas de bétula unidas.

Nos casos em que a lei não estabelecer formalmente que o castigo corporal será dado em público, ele será aplicado na prisão, na presença de um magistrado e pelas mãos de um valete de justiça (oficial responsável pela execução dos castigos).

“Art. 25. VII – Chatiment corporel.

Le châtimeñt corporel ne pourra jamais excéder le nombre de cinquante coups.

Le nombre de coups devra être spécifié dans la sentence.

Ledit châtimeñt sera appliqué sur les dos mis à nu, avec un fouet formé de verges de bouleau réunies.

Dans les cas où la loi n’exprime pas formellement que le châtimeñt corporel sera donné en public, il sera appliqué dans la prison, en présence d’un magistrat, et de la main d’un valet de justice”.

BAVIÈRE. [Lei de 16 de maio de 1813]. **Code pénal du Royaume de Bavière**. Traduit de l’Allemand, avec des explications tirées du Commentaire Officiel (Exposé des motifs), et un Appendice par Ch. Vatel. Paris: Auguste Durand, Libraire-Éditeur, 1852. Disponível

em: https://books.google.com.br/books?id=qW4DAAAQAAJ&pg=PA1&dq=intitle:p%C3%A9nal&as_brr=1&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 14 fev. 2021

do tema, nossos parlamentares desistiram da ideia, inserindo todas as disposições relativas aos escravos no interior do diploma, sem qualquer ressentimento ou pudor: tratava-se de uma realidade incontornável e, além disso, de uma necessidade urgente.

Voltando a um dos pontos que causavam incômodo no discurso dos opositores do art. 60, vale mais uma vez destacar o art. 179, inciso XIX da Constituição de 1824 anunciava: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”. Como já alertei, os critérios para o gozo e exercício dessas garantias constitucionais estavam cravados nos status de “cidadão” e “brasileiro”, estando os escravos fora desses parâmetros. Esses critérios foram verdadeiros “obstáculos quase intransponíveis aos escravos” (SONTAG, 2020, p. 376) quanto a limitação do alcance dos direitos e garantias penais, representando este ponto um consenso geral entre juristas.

Mas o problema não se resumia somente ao escopo da constituição! A alegação da inserção da pena de açoites no código se deu em muito por uma conclusão pragmática a que chegaram os juristas: os açoites tinham razão de existir em torno da própria escravidão, como forma de garantir a submissão dos escravizados ante seus atos de rebeldia (SONTAG, 2020, p. 387).

No processo de tramitação do código criminal, chama atenção que em ambos os projetos apresentados à Câmara dos Deputados, dos parlamentares Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos, havia disposições para a comutação das penas criminais pela de açoites aos escravos. A síntese da redação do artigo 60 estava na proposta de Bernardo P. de Vasconcelos, adotada como anteprojeto, sofrendo poucas modificações (COSTA, 2013, p. 120). “A essência do artigo 60 do código [...] passou incólume por todas as comissões e pelo debate parlamentar” (SONTAG, 2020, p. 381).

A abordagem realizada no capítulo anterior deu ênfase no que denominei de jurisdição senhorial, ou seja, as suas prerrogativas de punição dos escravos, como um direito de castigar inserido no âmbito da Casa, portanto, dentro do âmbito das prerrogativas de direito privado. Tais poderes derivavam do status de *pater familias* de um lado, e de outro da legitimidade do direito de propriedade sobre os escravos.

No período colonial, poucas foram as tentativas de intromissão das disposições régias no âmbito privado, na limitação das prerrogativas dos senhores de escravos. A máxima do direito romano *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* servia como baliza para a interpretação dos limites da correção. Estas limitações também estavam circunscritas em torno da teoria católica dos deveres recíprocos entre senhores e escravos no âmbito da

oeconomia doméstica e no governo da Casa. Como nos alerta Nilo Batista (2007, p. 38), o exercício do poder punitivo privado será um reflexo da “imagem dos fundamentos institucionais da escravidão, sem regras expressas, ou com poucas regras, e bem elásticas”.

Havia, é certo, a máxima jurídica que impunha aos senhores o dever de vender a outrem o escravo que sofresse castigos imoderados e procurasse o amparo da justiça régia, impondo uma limitação amenizada nos poderes correccionais do *pater familias*: não havia a possibilidade de punição dos senhores.

Missionários e jesuítas setecentista como Jorge Benci⁷¹ (1705), Antonil⁷² (1711) e Manoel Ribeiro Rocha⁷³ (1758) alertavam para as práticas cruéis dos senhores escravistas brasileiros que costumavam se exceder nos castigos, ignorando o critério da moderação, causando em muitos casos a própria morte do escravizado. Da tríplice máxima pão, pano e pau (*panis, disciplina, opus*), denunciavam estes jesuítas, que o pau era a obrigação que mais os senhores aplicavam e em excesso. As imagens estampadas nas litografias de J.B Debret denunciavam as práticas de açoitamento. O famoso pintor veio ao Brasil na Missão artística francesa, comitiva encomendada por Dom João VI com o objetivo de trazer a cultura europeia e a imagem da civilização ao arcaísmo cultural brasileiro, na sua estadia entre 1817 a 1831, ficou conhecido não pelas pinturas oficiais, mas pela retratação das cenas da escravidão brasileira. Tanto no âmbito privado com o açoitamento do escravo pelo feitor, quanto no âmbito público com a execução de açoites no pelourinho numa praça, os açoitamentos pareciam constituir a paisagem das cidades e das fazendas, no concerto que o escravismo parecia oferecer aos viajantes que aqui passavam.

⁷¹ Uzar o senhor dos escravos como de brutos, eh cousa tão indigna, que Clemente Alexandrino julgou que não podia caber em homem de razão e de juízo (*q*). *Neque vero tamquam jumentis famulis utendum est ei, Qui fuerit sanæ mentis.* — *Clem. Alexand., Lib. 3, Pædag. Cap.11. (P.52)*. E se isto não eh obra de homem racional, muito menos o póde ser de homem Cristão, a quem o mesmo Christo encomendou tanto o amor e caridade com o próximo” (BENCI, 1705,p. 9).

⁷² “Reprehendê-los [os escravos], e chegar-lhes com hum cipó ás costas com algumas varancadas, he o que se lhes póde, e deve permitir para ensino. Prender os fugitivos, e os que brigarão com feridas, ou se embebedarão, para que o senhor os mande castigar como merecem, he diligencia digna de louvor. Porém, amarrar, e castigar com cipó até correr o sangue, e metter em tronco ou em huma corrente por mezes, (estando o senhor na cidade), a escrava que não quiz consentir no peccado, ou ao escravo que deu fielmente conta da infidelidade, violencia, e crueldade do feitor, que para isso armar delictos fingidos, isto de nenhum modo se ha de soffrer; porque seria tudo um lobo carneceiro, e não hum feitor moderado; e christão” (ANTONIL, 1711, p. 22).

⁷³ Se extrai de Manoel Ribeiro Rocha (2017, p. 141-142): “E nesta conformidade, devem-se arbitrar os açoites aos escravos, não aos duzentos, aos trezentos e quatrocentos, como se acha já tão usado nestas fazendas, engenhos e lavras minerais, que não somente passa este abuso sem se corrigir, senão que nem ao menos se estranha; antes agora se estranhará talvez o estranhar-se; devem-se, sim, arbitrar aos vinte, aos trinta e aos quarenta”. Quanto ao modo de se praticar os castigos, “é necessário que se não exceda este nem nas obras, e nem nas palavras. Nas obras, se excede fustigando-se os escravos pelo rosto, pelos olhos, pela cabeça e palas partes irregulares” (ROCHA, 2017, p. 142).

Ao incremento expressivo de novos africanos no território brasileiro no século XIX, aos diversos casos de fugas, revoltas e rebeldias escravas, o açoitamento se mostrava um mal necessário, uma vez que era visto como um bom instrumento de contenção dos escravos problemáticos que a tradição referendava.

Neste sentido, a “parábola da legalidade penal” no Brasil demandava para a sua manutenção, cada vez mais estratégias de imposição da ordem e de contenção de uma importante parcela de indivíduos que desempenhavam um papel duplo, como força de trabalho e riqueza e como objeto de medo e vigilância social. A costura de um duplo nível de legalidade deveria atender a este contexto: com o escravo no centro da cena do controle penal.

Para além do nível da legalidade do Código Criminal, uma breve análise da legislação imperial nos demonstra a centralidade da pena de açoites naquela sociedade desde antes e depois de 1830. Nestas disposições, os açoites são executados como uma excepcionalidade da legislação criminal. O art. 60 não representava, de fato, uma inovação propriamente dita em termos jurídicos. Já havia disposição na legislação régia sobre a comutação de penas de galés por açoites. O Alvará de 20 de setembro de 1808 é um bom exemplo, ele comutava em açoites as penas de galés imposta aos escravos que fossem achados com instrumento de minerar na região do Distrito de Diamantina. (*Apud* GOULART, 1971, p. 194-195).

Houve também a imposição de açoites por determinação de aviso real. Em 2 de abril de 1825 o Aviso nº 82 da Corte mandou castigar os escravos que fossem presos após cometerem pequenos furtos, determinando que após os castigos dos pretos, os mesmos fossem entregues aos seus senhores (*Apud* GOULART, 1971, p. 195). Ressalto que aqui não há menção a execução de castigos decorrentes de prévio processo judicial, o que remete a hipótese de açoitamento como castigo policial.

Com o objetivo de reprimir os escravos capoeiras autoridades administrativas imperiais também determinavam a imposição de açoites como castigos policiais. Em 11 de março de 1826, o Intendente de Polícia do Rio de Janeiro determina por meio da Portaria que “além dos moirões existentes se finquem os mais precisos forem, para serem logo castigados com cem açoites”, após serem presos deveriam ser enviados ao calabouço (*Apud* GOULART, 1971, p. 195).

Após a vigência dos Código Criminal de 1830, alguns problemas na execução das penas de açoites podem ser observados pelo teor das comunicações régias. O aviso nº 37 de 25 de janeiro de 1832 informava ao juiz de paz de Magé que o mesmo poderá levantar paus para castigar os escravos, porém “os escravos não devem ser açoitados sem primeiro serem

convencidos em processo sumário com audiência de seu senhor, isso somente nos crimes policiais” (*Apud* GOULART, 1971, p. 197)

A verdade é que parecia ser corriqueiro o açoitamento de escravos sumariamente, neste caso as determinações vinham do juiz de paz. Em 10 de junho de 1837 a regência envia determinação ao chefe de polícia da Corte, informado que não executasse pena de açoites determinadas por juizes de paz sem que seja “procedido o competente processo, ouvido o seu senhor, como defensor natural” (*Apud* GOULART, 1971, p. 201). Ocorre que tal determinação seria revogada cerca de 4 meses após, por meio do Aviso de 3 de outubro do mesmo ano (*Apud* Lara, 2000, p. 345).

Como bem apontado por Sontag (2020, p. 382), passando pelas disposições que extrapolavam o código, até mesmo as disposições constantes nas Posturas Municipais devem ser analisadas a partir do prisma do duplo nível de legalidade. Em toda a sua integralidade, estas disposições se dirigem unicamente aos escravos. Não havia a possibilidade de execução de açoites em homens livres, ou dos libertos.

Outro problema colocado quando se analisa os açoites, diz respeito a instituição do Calabouço e a sua forma de administração de penas e de castigos escravistas: uma promíscua relação entre o poder punitivo dos senhores e a pena pública (BATISTA, 2007, p. 56-58). Como fica evidente das fontes, o Calabouço, espécie de prisão temporária dos processados, deveria executar as penas derivadas dos processos criminais do Império. Entretanto, causa perplexidade observar que esta instituição executava também castigos domésticos a mando e paga de seu senhor. O Aviso nº 67 de 10 de dezembro de 1832 determinava que nenhum escravo permanecesse no calabouço por mais de um mês a mando do seu senhor. Segundo este aviso, “muitos senhores costumam enviar seus escravos ao calabouço para correção ou para aguardar a venda, acumulando um numero imenso de indivíduos”. Em 12 de agosto de 1834 mais uma vez o governo imperial enviava ofício ao chefe de polícia da corte, determinando que fosse publicado mensalmente a relação dos escravos presos no calabouço. Passados seis meses sem ninguém contestar a propriedade do cativo, deverá o mesmo ficar à disposição do Juiz de órfãos (*Apud* GOULART, 1971, p. 1998-199).

Em 8 de agosto de 1836 o chefe de polícia da Corte determinava que os açoites aplicados em escravos a mando de seu senhor fossem aplicados ao limite de 50 por dia e ser executado em dias alternado e nunca num dia após o outro (*Apud* GOULART, 1971, p. 200). Aqui, resta questionar se os limites da lei criminal não deveriam alcançar a prática de castigos domésticos nos calabouços. O descumprimento das disposições do art. 60 parecia não causar

incômodo nas autoridades imperiais, o reforço da necessidade de limitação da aplicação dos açoites em 50 por dia não fazia qualquer referência ao código.

Não era somente na corte que existia a instituição do calabouço. O regulamento do calabouço da cidade de São Paulo de 23 de setembro de 1836 dispunha que este ficaria junto à Casa de Correção da cidade e permitia que além dos escravos fugitivos e os detidos por crimes policiais, os senhores também poderiam remeter seus escravos para correção.

Me parece que no que se refere a aplicação de açoites no Calabouço como forma de execução de castigos privados deva ser entendida dentro da tradição jurídica do direito romano que, na tentativa de mitigar o poder de vida e morte do senhor sobre o escravo e do pai sobre o filho, aos poucos se instituiu a possibilidade de procurar uma autoridade pública para julgar e aplicar os castigos corporais. Na idade moderna essa prática vai passar ainda a ser lida com as fontes de direito romano, mas com o incremento dos costumes e das novas tendências de pensamento antropocêntrico

Alan Wruck Garcia Rangel apresenta a hipótese de limitação do direito de correção dos filhos pelos pais no Antigo Regime, entretanto, diante das semelhanças quanto a base desse direito, entendo que cabe a aplicação quanto aos escravos, como componentes da instituição familiar o submisso ao *patria potestas*. Segundo o autor, “em um fragmento do *Codex* que quando o pai deseja aplicar um remédio mais forte (*artiore remedio*) no seu filho, ele deve levá-lo diante do juiz local a fim de que este último aplique a sentença ditada pelo pai (C. 8, 46)”. O juiz, neste momento, não subverte o poder do *pater*, a sentença aqui ficaria resguardada ao poder do segundo, servindo como um executor da sentença do pai. “A autoridade de justiça apenas legitima com o “selo público” a decisão paterna. A autoridade pública é, neste caso, subsidiária à autoridade doméstica” (RANGEL, 2013, p. 618).

No caso do Calabouço brasileiro, não havia a interferência da autoridade judiciária, o responsável pelo Calabouço, normalmente anexo à Casa de Correção, era o chefe de polícia. A dinâmica era muito parecida: o senhor entregava seu escravo para que a autoridade policial executasse os castigos domésticos por si determinados. Aqui também ficavam resguardados os poderes da jurisdição doméstica. Aos senhores que depositavam seus escravos ficava a garantia de que a estes cativos seriam aplicados castigos moderados.

O conjunto de possibilidades que os açoites colocavam, enquanto pena criminal e enquanto castigos privados, implicam a reflexão do tema a partir da ideia de duplo nível de legalidade, interno ao código no art. 60 e excepcionalidade de diversas formas por inúmeras leis e atos normativos que ignoravam abertamente as disposições da legislação penal brasileira.

A força deste método de punição era tão forte e a sua simbologia intrínseca ao próprio instituto da escravidão o alçaram a ponto de tensão pelos abolicionistas (ASSIS, 2017). Não à toa este tipo de pena vigeu até pouco tempo antes da própria abolição.

O problema dos açoites no campo do direito penal foi resolvido somente com a edição da lei nº 3.310 de 15 de outubro de 1886, que aboliu tanto os açoites, quanto aos dispositivos a ele relativos constantes na lei de 10 de junho de 1835, finalizando uma das páginas mais insólitas da história penal do século XIX.

2.5 Demandas por repressão e controle escravo e a consolidação do duplo nível de legalidade no Brasil oitocentista: o crime de insurreição e a lei nº 4 de 10 de junho de 1835

Nos debates parlamentares ocorridos por ocasião da tramitação do anteprojeto do Código Criminal de 1830 demandas relativas à escravidão estiveram em diversos discursos e pautas importantes, o que denota o interesse tanto de deputados e senadores em regular certas questões a fim de ver seus interesses resguardados no novo código, quanto a centralidade da questão para aquela sociedade.

A esse respeito, o debate em torno da abolição ou manutenção da pena de morte no Código Criminal representa um recorte importante deste aspecto. Conforme destacado na pesquisa de Vivian C. Costa (2013), a discussão sobre a pena de morte⁷⁴ foi “um dos únicos aspectos do conteúdo do código cuja discussão foi aberta à participação de todos os deputados interessados”. Esses debates ocorreram no mês de setembro de 1830, entre os dias 11 e 15 deste mês, onde puderam se manifestar deputados contrários à pena de morte (Rebouças, Carneiro da Cunha, Ernesto Ferreira França, Lino Coutinho, Henriques de Rezende, Martim Francisco e Antonio Ferreira França) e favoráveis a manutenção da pena de morte no código (Bernardo Pereira de Vasconcelos, Rego Barros, Luiz Cavalcanti e Paula Souza). Os deputados contrários à pena de morte subiram ao púlpito em maior quantidade de vezes (14 vezes) em comparação com os deputados que se manifestaram favoráveis à pena de morte (6 vezes), conforme os dados obtidos por Costa (2013, p. 176).

⁷⁴ Para um panorama mais completo sobre os debates sobre a pena de morte no processo de tramitação do Código Criminal do Império ver: COSTA, 2013, p. 174-314 (Capítulo 2, subitem 2.4. Os debates sobre a pena de morte e sua manutenção no Código Criminal).

A necessidade de maior manifestação dos deputados contrários à pena de morte talvez se dê em razão de que as comissões parlamentares pelas quais o código havia tramitado, haviam se manifestado favoráveis da manutenção da pena de morte no projeto. Dentre os argumentos levantados pelos deputados, os contrários se utilizavam de discursos reformadores penais na figura de Cesare Beccaria e também da moral religiosa para demonstrar que somente Deus estaria autorizado a tirar a vida dos homens. Mas sabemos que o argumento que venceu esta disputa discursiva dos parlamentares esteve relacionada a continuidade da instituição servil. Segundo aqueles deputados, a presença da escravidão e o atraso civilizacional da população brasileira, marcada pela baixa instrução justificariam a imposição da pena capital no código, mesmo que em oposição à abolição das penas cruéis e degradantes garantida pelo art. 179, inciso XIX da Constituição do Império⁷⁵, a realidade e a necessidade de repressão aos cativos e libertos justificava a manutenção da pena capital.

O discurso do deputado Francisco de Paula Souza e Melo⁷⁶ proferido na sessão do dia 15 de setembro de 1830, foi o último a ser feito e de certa forma cristaliza os anseios daquela sociedade. O parlamentar que também era fazendeiro e senhor escravista justifica principalmente na escravidão e em indivíduos que têm hábitos muitos semelhantes aos dos escravos:

Quem duvida que tendo o Brazil três milhões de gente livre, incluindo ambos os sexos e todas as idades, este numero não chegue para arrostar dous milhões de escravos, todos ou quase todos capazes de pegarem em armas! Quem, senão o terror da morte, fará conter esta gente imoral nos seus limites? [...] As penas applicadas à escravatura, disse-se, não deverão entrar no código criminal, mas sim fazerem o objeto de uma legislação especial. Além dos escravos, há no Brazil uma classe de indivíduos, cujos hábitos são em tudo semelhantes aos dos escravos, e que por uma miserável quantia vão fazer um assassinato. Estes homens só com o terror da morte se podem corrigir (PAULA SOUZA, 1829, *Apud* COSTA, 2013, p. 188-189)

O ponto específico da pena de morte era um termômetro jurídico da adoção ou não das ideias reformadoras dos novos códigos em suas últimas consequências. Este foi um ponto

⁷⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

⁷⁶ O deputado era filho de português e natural de Itu, Província de São Paulo. Não se formou bacharel em Coimbra, mas era conhecido por seu notável conhecimento nas leis e no direito, influenciado pela educação jesuítica e pela figura de seu pai que tinha formação jurídica portuguesa, mas faleceu cedo, deixando uma biblioteca de herança ao filho. Foi membro da Assembleia Constituinte de 1823 e atuou em três legislaturas na Câmara dos Deputados, exercendo o cargo de presidente de maio a junho de 1827. Também foi escolhido pela regência como senador por São Paulo, pertencente ao partido liberal. Era proprietário de fazendas e senhor de escravos em sua cidade natal. Para maiores informações sobre a trajetória política de Paula Souza, com destaque à sua atuação parlamentar nos primeiros anos do Império, ver a Galeria de Ex-Presidentes da Câmara dos Deputados, in: https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/presidentes/francisco_melo.html Acesso em 15/04/2021.

defendido por Beccaria e deve ser entendido como um ponto de ruptura para a história penal, como “uma feliz colaboração entre o filósofo iluminado e o soberano reformador” expressado na figura da Leopoldina de 1786 (COSTA, 2020, p. 53). Entretanto, o abolicionismo da pena de morte não se constituiu de um consenso entre os reformadores do século XVIII e XIX. De Rousseau, Kant a Betham havia filósofos favoráveis à sua manutenção. França e Estados Unidos mantiveram as disposições de pena de morte ao longo de todo o século XIX. Na Itália, somente em 1890 com o Código Zanardelli é que se aboliu a pena de morte, assim como no Brasil no mesmo ano com o código republicano. Como destacado por Pietro Costa, “nessa Europa orgulhosamente consciente de sua triunfante modernidade, a pena de morte continua a ser, por assim dizer, a válvula de fechamento da repressão penal” (COSTA, 2020, p. 54).

Como sabemos, a pena de morte foi mantida no Código Criminal de 1830 em poucos crimes (artigos 113 e 192) por um resultado de 41 deputados favoráveis contra 28 contrários (ANDRADE, 2020, p. 141). Segundo as conclusões de Vivian Costa, o argumento da manutenção da pena de morte em razão da escravidão deve ser compreendido também por seu poder retórico dentro daquele contexto. Com isso, seja por meio de uma comparação dos códigos adotados em outros países do mundo naquele momento, seja numa observação da estrutura interna do anteprojeto do código criminal, observa-se “um uso deliberado da escravidão com vistas à manutenção de uma pena que, ao que tudo indica, a maioria dos deputados não tinha de fato a intenção de abolir” (COSTA, 2013, p. 198-199).

Ao lado da centralidade que a manutenção da pena morte teve no processo legislativo do Código Criminal de 1830, a procura incisiva dos parlamentares e burocratas brasileiros por cópias do Código Penal da Luisiana, obra do jurisconsulto norte-americano, natural do estado de Nova Iorque, Edward Livingston, revela igualmente a preocupação dos legisladores brasileiros no controle penal do escravismo. Este que se tornou o mais famoso projeto de código almejado e adotado pelos políticos e que influenciou cerca de 24 dispositivos do código do império, perdendo apenas para o Código Penal Espanhol de 1822 que influenciou cerca de 43 artigos do total de 313 dispositivos do diploma brasileiro (COSTA, 2013, p. 249-250).

Nilo Batista (2007; 2016) já acenava para a relevância deste projeto nos debates parlamentares no processo de tramitação do código, mas é preciso destacar as pesquisas de Monica Dantas (2011; 2015) e Vivian Costa (2013) que possibilitaram uma análise mais detalhada tanto das investidas políticas e diplomáticas brasileiras, quanto das consequências diretas para a própria concepção de institutos muito importantes do código como o crime de insurreição e que aqui ganham relevância para o debate. Ao apresentar o parecer da Comissão

especial do código, nomeada *ad hoc* para fazer a revisão das emendas propostas ao anteprojeto, o deputado Ernesto Ferreira França destacava sobre as emendas aprovadas que “algumas delas forão emprestadas do mencionado Codigo do Doutor Linvingston” (*Apud* DANTAS, 2015, p. 191),

Miguel Calmon Du Pin e Almeida, então secretário dos Negócios Estrangeiros do Brasil e um colega seu membro da Câmara dos Deputados fizeram uma solicitação especial a Willian Wright, cônsul dos Estados Unidos no Rio de Janeiro, que transmitiu o pedido a Martin Van Burer, Secretário de Estado dos EUA em 10 de julho de 1830 (DANTAS, 2015)⁷⁷. O futuro Marquês de Abrantes, cuja obra *Ensaio sobre o fabrico do açúcar* foi abordada no capítulo anterior, influente político dos primeiros anos do império parecia conhecer a fama do “Codigo do Doutor Linvingston”.

A historiografia sobre a tramitação do Código Criminal alerta que o projeto de Bernardo de Vasconcelos, escolhido pelos parlamentares como base para o código criminal, não tipificava crimes de insurreição de escravos e que somente após a comissão especial ter preparado o texto final com as emendas parlamentares apresentadas é que se incluíram os dispositivos dos art. 113 a 115 do diploma. A preocupação daqueles parlamentares se justificava pelo fato de que sendo membros da elite imperial, em sua grande maioria eram proprietários de fazendas e senhores de escravos (DANTAS, 2011a; 2011b, 2015; COSTA, 2013).

O curioso é que dentre os documentos legislativos que tiveram influência sobre o Código Criminal do Império, o único que não chegou a ser transformado em lei foi justamente o “Código do Dr. Linvingston”. A este respeito, Monica Dantas relata que apesar de ter sido escolhido pelos membros do legislativo da Luisiana para apresentar um modelo de “*code of a criminal law*” em 1820, que deveria ser feito tanto em inglês quanto em francês, somente em 1822 é que Linvingston fora escolhido para preparar o *Plan of a Penal Code*, este jurista também foi escolhido junto a uma comissão para preparar um Código Civil. Somente foi aprovado pelo legislativo da Luisiana o código civil e o de processo. Quanto ao *System of Penal Law for the State of Lousiana* este documento nunca obteve aprovação daquele parlamento, mesmo assim a fama do jurisconsulto americano atravessou as fronteiras da região sul dos Estados Unidos e aportou no Império do Brasil (DANTAS, 2015, p. 177-178).

⁷⁷ “The Chambers are now engaged revising the criminal laws of this country and I believe have selected Livingston’s criminal code as basis. The Minister of Foreign Affairs, who is a member of the Chamber of Deputies, and one other member have requested me, to procure them copies of that work in French; which I have sent for.” [Carta do Cônsul dos Estados Unidos no Rio de Janeiro, William Wright, ao Secretário de Estado norte-americano, Martin Van Buren. Rio de Janeiro, 10 de Julho de 1830]. (*Apud* DANTAS, 2015, p. 173)

Os legisladores brasileiros utilizaram o modelo de código proposto por Linvingston e muito disso pode ser atribuído ao fato de que a Luisiana ter sido um estado escravista na região sul dos Estados Unidos. A tipificação do crime de insurreição escrava e de participação de pessoas livres nesses crimes era uma prática comum em diversos estados americanos ainda no período colonial e pós independência (Virginia, Carolina do Sul, Nova Iorque), estes o faziam por meio dos *Statutes*, espécie de legislação oriunda da tradição inglesa do *commom law*. A tradição inglesa do crime de insurreição tinha uma ligação semântica relacionada a uma ideia de traição ou levante contra o poder civil constituído e aos poucos foi sendo relacionado a crimes e levantes de escravos (DANTAS, 2011a, p. 300-305)

No Brasil, diferente do que ocorreu nos Estados Unidos, a insurreição⁷⁸ foi um crime que somente ficou disciplinado como um crime cometido por escravos durante praticamente todo o século XIX (DANTAS, 2011a, p. 288). Este crime estava inserido no Capítulo IV do Título IV do Código e integrava o rol de crimes contra a segurança interna do Império e tranquilidade pública, figurando o art. 113 como uma das poucas hipóteses de cominação da pena de morte. O crime de insurreição de escravos deve ser relacionado, portanto, à tradição dos *Statutes* norte americanos que foi absorvida por Linvingston ao formular o seu *A system of a penal law* proposto para o Estado da Luisiana. Assim comparamos ambos os dispositivos:

A system of a penal law

Art. 115. Any free person who shall aid in any insurrection of slaves against the free inhabitants of this state, who shall join in any secret assembly of slaves, in which such insurrection shall be planned, with design to promote it, or shall excite or persuade any slaves to attempt such insurrections, shall be imprisoned at hard labour for life.

Art. 116. By “insurrection”, is meant an assembling with ARMS, with intent to regain their liberty by force.

Art. 117. The term to “excite” in the description of this offence, means to offer any persuasion or inducement, which has insurrection for its immediate object. It excludes the construction that would make those guilty who only use language calculated to render the slaves discontented with their state. This, if done with design to promote such discontent, is an offence punishable by fine, not less than fifty, nor more than two hundred dollars; or imprisonment, not less than thirty days, nor more than six months, in close custody⁷⁹.

⁷⁸ Segundo Monica Dantas (2011b, p 279), “entre finais do século XVIII e as primeiras décadas do oitocentos, circulavam ao menos três acepções distintas para o vocábulo insurreição: aquela dos documentos brasileiros relativos à Confederação do Equador e à Guerra Cisplatina (semelhante à espanhola de 1822), que identificava a palavra como rebelião e guerra civil (como um crime contra o Estado e o soberano); um segundo, existente na declaração francesa, de insurreição como um dever e direito do cidadão contra um governo que violasse seus direitos; e, finalmente, a do Código brasileiro de 1830, em que insurreição era o crime de levante de escravos”.

⁷⁹ *Apud in*: DANTAS, 2011b, p. 296. Em tradução livre:

“Art. 115. Toda pessoa livre que auxiliar qualquer insurreição de escravos contra os habitantes livres deste estado, que se juntar a qualquer assembleia secreta de escravos, em que uma insurreição estiver sendo planejada, com

Código Criminal do Império do Brazil

Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim.

Penas - de prisão com trabalho por vinte annos no gráo maximo; por doze no médio; e por oito no mínimo (BRASIL, 1830).

A principal observação que cabe deste exercício de comparação diz respeito ao fato de que os dispositivos do projeto de Livingston deveriam ser aplicados exclusivamente aos homens livres⁸⁰ (DANTAS, 2011, p. 300), sendo que no caso brasileiro, o Código Criminal de 1830 inseriu os escravos como os únicos sujeitos passíveis de cometer o crime do art. 113, equiparando os livres e libertos no caso dos arts. 114 e 115.

No contexto da constituinte, a despeito de todas as disputas empreendidas no calor das tensões do período, a manutenção do instituto da escravidão e do latifúndio formaram um consenso eloquente entre os parlamentares (CARVALHO, 2019). No cenário internacional, as repúblicas vizinhas, formadas por processos de rupturas, batalhas e disputas contra a Coroa espanhola, tiveram em muitos casos o resultado imediato da abolição da escravidão, como foi o caso do Chile em 1823, da Bolívia em 1826 e do México em 1829. Nos outros países a abolição estava em debate num processo de gradual extinção do estatuto da servidão nos seus ordenamentos políticos, como foi o caso do Uruguai e da Argentina.

Desta forma, além de oferecer instrumentos de demandas de aparelhamento jurídico penal contra as investidas políticas do imperador contra seus adversários políticos, o projeto

desejo de promover este ato, ou excitar ou persuadir qualquer escravo para aderir a qualquer insurreição, deverá ser preso e submetido a trabalhos forçados por toda a vida.

Art. 116. Por “insurreição, se entende uma assembleia com ARMAS, com intento de recuperar sua liberdade pela força.

Art. 117. O termo “excitar” na descrição deste crime, significa oferecer qualquer persuasão ou incentivo, que tem como objeto imediato a insurreição. Exclui a construção que tornaria culpados aqueles que usam apenas uma linguagem calculada para tornar os escravos descontentes com seu estado. Isso, se feito com o propósito de promover tal descontentamento, é uma ofensa punível com multa, não inferior a cinquenta, nem superior a duzentos dólares; ou prisão, não inferior a trinta dias, nem superior a seis meses, sob custódia fechada”.

⁸⁰ Segundo Dantas (2011, p. 300): “O Penal Code de Edward Livingston, apresentado à legislatura da Luisiana em 1825 – e que, como ele mesmo explicava, aplicava-se somente à população livre –, trazia de forma muito mais sistemática, como convinha a um seguidor de Jeremy Bentham, o direito criminal substantivo que, desde, 1804, aparecera em leis aprovadas primeiramente pelo conselho de Orleans, depois pela legislatura do território e, finalmente pelos representantes do estado”.

Edward Livingston oferecia aos políticos brasileiros instrumentos que atendiam a uma preocupação generalizada entre a elite política de dispor de instrumentos jurídicos capazes de atuar no disciplinamento dos desvios escravos, como no caso da punição exemplar das revoltas escravas que ocorreram desde a virada do século e perpassaram por todo o período da independência indo até muito além da segunda metade do oitocentos. As rápidas transformações políticas e jurídicas que ocorreram ao longo dos três primeiros decênios do século XIX culminaram num intenso cenário de expectativas e mudanças ao longo dos acontecimentos políticos. A chegada da família real portuguesa em 1808 e todo o complexo processo de interiorização da metrópole nos trópicos, a elevação da colônia a sede do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves em 1817, o incremento da burocracia lusitana com novas demandas de mão de obra e de direitos que iam surgindo, e num contexto mais amplo a sombra da Revolução Francesa e suas bandeiras incômodas às Monarquias europeias e a própria independência em 1822 resultaram num grande caldeirão em ebulição social que alcançou em cheio o universo das senzalas e o ideário dos escravos sobre projetos de liberdade.

No plano da escravidão global, de um lado a Revolta escrava de *Saint-Domingue* que entre os anos de 1791 a 1804 libertou a colônia dos domínios da metrópole se utilizando de preceitos revolucionários de inspiração dos próprios franceses, deixou as nações escravistas ocidentais atônitas diante da vitória dos negros e a formação do Haiti, primeira república negra independente das Américas. De outro lado, a Inglaterra declarava em 1807 o fim do tráfico negreiro e iniciaria uma intensa campanha internacional pressionando cada vez mais os países aliados a abolir o tráfico transatlântico de escravos.

A sombra dos negros revoltosos nas Antilhas francesas causou nos senhores escravistas brasileiros um sentimento de medo e pânico da insurreição escrava também por aqui. Este processo foi denominado por Celia Maria Marinho de Azevedo (1987) em sua obra clássica, como o “medo branco de uma onda negra”, ou seja, o medo de que os escravos brasileiros se revoltassem em massa contra seus senhores brancos, processo este também conhecido como *haitianismo* (CARVALHO, 2019; MALAGUTI BATISTA, 2001; GRINBERG et al, 2014), ou seja, o medo de o Brasil se tornar um novo Haiti. Este fenômeno social segundo estes autores vai percorrer todo o período imperial e também impulsionará medidas de repressão às manifestações e desvios escravistas e das pessoas de cor livres, assim como uma forte política de repressão das revoltas e insurreições escravas no período.

Após a abolição do tráfico de escravos pela Inglaterra, a diplomacia inglesa atuará de forma intensa para persuadir os países importadores de mão de obra cativa a fazer o mesmo,

países vizinhos ao Brasil como Argentina e Uruguai aboliram o tráfico respectivamente em 1813 e em 1825 num processo de gradual abolição da escravidão⁸¹. A pressão para a abolição do tráfico no Brasil surtiu seus primeiros resultados diplomáticos em 1815, após a celebração de tratado entre os reinos de Portugal, Espanha e Inglaterra⁸² para abolição do tráfico abaixo da linha do Equador. Com a independência em 1822 a diplomacia inglesa continuou pressionando o Império brasileiro a abolir o tráfico no território nacional, em 1826 foi celebrado novo acordo entre os reinos do Brasil e Inglaterra, ampliando a proibição para os navios negreiros que partiam da África. Entretanto, sabemos que estes acordos não foram respeitados pelo governo imperial, o que levou a edição da lei de 1831⁸³.

As revoltas escravas ocorreram de forma crescente no período anterior e posterior a independência e foram duramente reprimidas pelas autoridades reais. Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Pernambuco, Pará, São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul assistiram a levantes de escravos que demandaram ações rápidas e enérgicas das autoridades locais e suas milícias e do governo central a fim de conter os levantes e minimizar os possíveis efeitos danosos à massa escrava em convulsão. Grande parte deste cenário intenso de contestação violenta do cativo pode ser atribuída ao significativo incremento da população de novos africanos nestas primeiras décadas do oitocentos. João José Reis estima que neste período ingressaram cerca de 2 milhões de novos escravos nos portos brasileiros, considerando para isso o marco de 1815 quando se proibiu o tráfico de escravos pelo tratado anglo-saxão. Somente no período de vigência da proibição legal do tráfico pelo Brasil, entre a lei de 7 de novembro de 1831 e a lei Euzébio de Queiroz em 1850 historiadores consideram que ingressaram ilegalmente no Brasil números entre 800 e 900 mil novos escravos que foram introduzidos especialmente no pujante clico do café (MAMINOIAN, 2017, p. 20; REIS, 2018, p. 392).

Os primeiros relatos de revoltas de escravos são de 1807, quando escravos de origem yorubá (nagôs e haussás) planejaram invadir e sitiar Salvador, destruir templos católicos e formar um reino independente, esta revolta foi descoberta a tempo e sufocada pelas autoridades locais. Em 1809 escravos também de origem haussás fugiram das fazendas e engenhos do

⁸¹ Pesquisadores têm buscado compreender o processo de abolição da escravidão no Brasil, Argentina e Uruguai a partir do ponto de vista da sua precariedade, ou seja, trata-se de um processo gradativo e repleto de incertezas sobre a condição jurídica e de autonomia dos sujeitos. Para compreender melhor o contexto ver: Lima (2005); Grinberg (2016); Alberto (2019); Candiotti (2019).

⁸² Em 22 de Janeiro de 1815 foi celebrado um tratado entre o Príncipe Regente de Portugal D. João VI e o Rei Jorge III do Reino Unido, abolindo o tráfico de escravos em todos os lugares da costa de África ao norte do Equador.

⁸³ Para um panorama mais detalhado deste processo de abolição do tráfico negreiro no Brasil ver Mamigonian (2017, Capítulo 6. O “partido brasileiro”, a pressão inglesa e a abolição do tráfico; e Capítulo 7. A Lei Euzébio de Queiroz e os africanos livres”)

recôncavo baiano se rebelando contra seus senhores. Em 1814 ocorreu a revolta mais preocupante deste período, onde escravos revoltosos fugiram das fazendas, queimaram instrumentos de trabalho, casas, depósitos, plantações, atacaram a vila e Itapuã, tendo planejado tomar a cidade, estes foram impedidos de continuar seu intento por milicianos que reprimiram fortemente a ação. Na década de 1820 ocorreram cerca de quinze revoltas de escravos na região do recôncavo baiano que aglutinava diversos engenhos de açúcar e plantações de culturas diversas. Na década de 1830 as revoltas migraram do campo para a cidade de Salvador, que foi palco de outros importantes levantes de escravos (REIS, 2018, p. 392-395).

Na cidade de Campinas, importante produtora de cana-de açúcar do Império, foi descoberto um audacioso plano de insurreição escrava. Em fevereiro de 1832 a cidade foi surpreendida pela notícia de que diversos escravos espalhados entre 15 fazendas da região de Campinas planejaram durante os últimos meses uma revolta contra seus senhores com o objetivo de garantir sua liberdade à força. O plano dos insurgentes foi descoberto e prontamente desmantelado pelos senhores e os líderes processados por insurreição, já conforme as disposições do Código Criminal de 1830 (PIROLA, 2011).

Em 1838 eclodiu uma revolta escrava na região de Vassouras e Paty do Alferes, localizada no Vale do Paraíba fluminense, importante zona de cultivo de café. O movimento de rebelião teve início após a morte de um escravo pelo feitor do capitão-mor Manoel Francisco Xavier. Em protesto, os escravos tentaram linchar o assassino, foram impedidos, e com isso deram início a uma grande rebelião que envolveu cerca de 200 cativos das fazendas vizinhas, casas e plantações foram incendiadas, os revoltosos fugiram pela mata sob o comando de Manoel do Congo, pretendiam depois formar um quilombo. Os escravos foram capturados poucos dias seguintes à revolta, a Guarda Nacional foi enviada para a região e após a captura dos rebelados foi instaurado processo contra 21 escravos, sendo 15 africanos e 6 crioulos, considerados os cabeças do movimento. Manoel do Congo foi condenado a pena de morte por insurreição (REIS, 1996, p. 23; GRINBERG, et al, 2014, p. 255-256).

Em Minas Gerais, no dia 13 de maio de 1833, uma violenta rebelião de escravos marcou a história do distrito de Carrancas. No pano de fundo deste evento havia um clima de temor pela repressão da regência aos Caramurus em Minas Gerais, estes últimos apoiadores de D. Pedro I e partidários da restauração. Como em diversos casos, a participação de homens brancos e agentes políticos em revoltas escravas era comum. No conturbado período de independência, a abolição do cativeiro esteve no campo das expectativas dos escravos e no embate entre ideais republicanos, liberais e antiescravistas que estavam na pauta de discussões,

mas que posteriormente foram silenciados pela pressão política em torno da independência e as novas disputas pelo poder e unificação das regiões em torno da Coroa.

Os escravos revoltosos em grande número da Fazenda Bela Cruz, distrito de São João d'el Rey, foram inflados por um passageiro anônimo que teria noticiado a abolição da escravidão no Rio de Janeiro, após escravos daquela região sipostamente terem matado seus senhores. Houve planejamento dos atos dos revoltosos, 7 escravos da Fazenda Campo Alegre se revoltaram contra o administrador e filho do proprietário e deputado Gabriel Francisco Junqueira, derrubando-o do cavalo, onde o mataram a pauladas. Desistiram de ir a casa grande porque um escravo da família avisou os proprietários do ocorrido. Partiram então para a Fazenda Bela Cruz, onde se juntaram com mais 25 escravos desta fazenda que juntos invadiram a casa grande a força, atiraram no avô da primeira vítima, mataram também sua mulher e a neta à machadadas. Foram mortas mais pessoas, entre estes três crianças e três adultos, alguns com golpes de foice. Partiram dali para a fazenda Jardim, no caminho tiraram a vida de um agregado e não mataram o senhor e seus escravos porque estes já tinham sido previamente avisados e puderam se esconder. Após os feitos, os escravos das fazendas se reuniram pretendendo partir, alguns para o Espírito Santo, outros ficariam em Carrancas (RIBEIRO, 2005, p. 43-48; ANDRADE, 2020, p 118-128).

O impressionante relato desta revolta com detalhes minuciosos da ação dos escravos se deu em razão da frustração dos intentos dos envolvidos. A revolta foi duramente reprimida, foram enviados destacamentos policiais e militares ao distrito de Carrancas, sendo todos os revoltosos presos, a exceção de um escravo que havia sido coroado rei do grupo rebelde, que foi morto. Todos foram processados e 17 escravos condenados à pena de morte, os registros revelam que as execuções duraram 3 dias com grande mobilização popular (RIBEIRO, 2005, p. 48-50).

No dia 25 do mês de janeiro do ano de 1835, na capital da província da Bahia, escravos revoltosos aproveitaram as comemorações da festa de Nossa Senhora da Guia para iniciar uma insurreição. As notícias da movimentação dos cativos corriam entre gente escravizada e pessoas livres de Salvador. Alguns escravos, fiéis a seus senhores, ao saberem dos acontecimentos, correram para avisá-los sobre o plano do levante. Autoridades municipais e policiais com auxílio de alguns senhores iniciaram uma estratégia de contra-ataque, passando a fazer rondas já na madrugada do domingo.

Não tendo as ações dos senhores surtido efeitos tão imediatos, as autoridades foram pegas de surpresa com um forte embate do lado oposto e uma verdadeira debandada de escravos

que começaram a se espalhar pelas ruas da cidade, muitos em direção à Praça do Palácio. Esse impressionante grupo de pretos, todos vestidos de branco passaram a percorrer as ruas próximas chamando escravos e libertos a se unirem ao movimento para tomar Salvador. Após tentativas de invadir a Câmara Municipal onde ficava a cadeia e libertar um líder mulçumano, foram frustrados ante um confronto com guardas, os revoltosos se espalharam pela cidade, indo chegar até em bairros distantes da região sul de Salvador. A madrugada foi tensa e resultou em 17 negros revoltosos mortos pela polícia, treze feridos e os demais empreenderam fuga por terra e pelo mar, do lado oposto com mortos e feridos. Estima-se que cerca de 200 negros entre escravos e livres participaram do levante que ficou conhecido como Revolta dos Malês, isto porque a participação maciça de negros de origem islâmica, o uso da língua árabe e alguns intentos religiosos puderam ser confirmados na investigação policial que se seguiu (REIS, 2012, p. 125-145).

A revolta malê foi duramente reprimida em Salvador, assim como também foi amplamente divulgada pela mídia nacional da época, como consequência, seus líderes foram processados⁸⁴ e condenados à pena de morte, um grande número à pena de açoites. Neste período há também relato de deportação de negros islâmicos para a África, tamanho foi o pânico causado na sociedade baiana e brasileira. Por muito tempo, o levante malê foi associado pela historiografia como o estopim para a famigerada lei de nº 4 de junho de 1835, isto porquê tanto a revolta, quando a lei se coincidem no mesmo período e tratam especialmente de uma regulação específica da punição escrava: a repressão de escravos que se rebelavam contra seus senhores, familiares e feitores. A clássica obra de João José Reis (2012), *Rebelião Escrava no Brasil: A história do levante dos malês em 1835*, utilizada para descrever a complexa trama dos fatos com riqueza de detalhes e registros históricos impressionantes, pode ter influenciado esta constatação.

⁸⁴ “[...] E sendo necessario Provará que na noite do dia vinte e quatro do mês de Janeiro proximo passado se denunciara, que numa madrugada do dia seguinte rebentaria hua insurreição de Africanos; e pelo que, Provará que dando-se as providencias, foi cercada hua caza a ladeira da Praça, onde se achavão reunidos muitos dos Africanos os que sentindo-se cercados, abrirão a porta, e de dentro fizerão logo fogo, e immediatamente sahirão para a rua matando, e cutilando a quem encontravão, e animando-se a atacar os corpos de guardas o que tudo foi bem publico. Provará que do barbaro massacre rezultarão diversas mortes, e ferimentos de cidadãos [...]. Provará que profligada a insurreição dos Africanos em aquella mesma noite muitos poderão fugir, e acoitarem-se; porem sendo depois denunciados, forão prezos nos di-versos lugares onde se achavão. [...] Provará que todos os Reos accu-zados no presente Libello tiverão parte na dita insurreição segundo as suas proprias confissõens elles pertendião fazer hum assassino geral em toda a gente branca [...]. Neste termos e conforme aos de Direito. Devem ser punidos com o maximo da pena do artigo 113 do Codigo penal, os quatro reos como cabeças de insurreição [...]”. (Devassa do levante de escravos ocorrido em Salvador em 1835, Anais do Arquivo do Estado da Bahia, Salvador, vol. 38, jan.-dez., 1968, pp. 96-97. *Apud* DANTAS, 2011, p. 273-274))

João Luiz Ribeiro na obra *No meio das galinhas as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835, os escravos e a pena de morte no Brasil (1822-1889)* foi sem dúvida um marco na historiografia social, e mais especificamente para a historiografia do direito, no sentido de contribuir para este debate indicando que esta lei teve sua proposição iniciada no ano de 1833, no período posterior aos fatos narrados da Revolta das Carrancas. Este episódio histórico que até pouco tempo ganhou pouca relevância na historiografia nacional, revela de um lado um momento de tensão maior pela unificação do país recém formado na esteira dos embates travados em torno da figura do imperador e da repressão aos grupos dissidentes, mas sobretudo nos revela também que havia sim um importante elemento de tensão escrava que atravessava este processo, com demandas de melhores condições de trabalho a partir do ideia do cativo justo e também por demandas de liberdade em meio aos debates pela abolição do tráfico e da própria abolição da escravidão. Este contexto demandou sim a adoção de medidas excepcionais para tratar da repressão de escravos revoltosos que mereciam, na visão dos legisladores, receber tratamento diferente da legislação.

Ricardo de Figueiredo Pirola (2012) também buscou compreender o processo de tramitação e discussão da lei 10 de junho de 1835, destacando que o projeto da lei foi apresentado num pacote mais amplo no ano de 1833. Em 7 de junho daquele ano, compareceu à sessão da Câmara dos Deputados o Ministro dos Negócios Estrangeiros, para enviar uma mensagem aos parlamentares sobre informações que vinham da Europa indicando planos de Dom I de restaurar o trono no Brasil, independente da sua vitória na batalha que travava com seu irmão em Portugal. O ministro pedia apoio aos deputados aos meios “extraordinários” para preparar o país a um cenário de luta contra o ex-imperador (PIROLA, 2012, p. 25).

Em 10 de junho de 1830 o Ministro da Justiça do governo regencial compareceu à sessão da Câmara de Deputados, seu objetivo era apresentar um pacote de 4 projetos de leis propostas pela regência para análise e votação parlamentar com a urgência que o assunto exigia. Os projetos de lei dispunham sobre a Guarda Nacional, que tinha necessidade de aumento do seu efetivo e reorganização interna, incremento da Guarda Municipal da Corte, adição de novos combatentes do Exército e por último a revisão da legislação penal dos crimes praticados por escravos contra seus senhores. Destaca-se que a apresentação de tais projetos, com ênfase ao último apresentado, se deu em menos de um mês após os fatos ocorridos no distrito de Carrancas em Minas Gerais (PIROLA, 2012, p. 26).

Houve um intenso debate na imprensa sobre as reais intenções do governo regencial com tais projetos, com jornais apoiando e outros contrariando as proposições apresentadas. Já

quanto ao projeto de alteração da legislação penal não foi citado e tampouco debatido por nenhum jornal da Corte. Segundo Pirola (2012, p. 30), havia já neste período um grande temor de discussões e debates públicos sobre temas relacionados com a escravidão, o que pode ser uma justificativa para a ausência de menção a este tema nos periódicos brasileiros. O fato é que durante o processo de tramitação do pacote de “medidas extraordinárias” propostas pelo governo, sobreveio a informação do falecimento de Dom Pedro I ocorrido em novembro de 1834. Com isso os três primeiros projetos de lei tiveram a sua tramitação parada, enquanto o quarto continuou normalmente o trâmite parlamentar na Câmara e depois no Senado. De fato, as preocupações com a alteração da lei penal contra os escravos pareciam estar em outra ordem de urgência e mereciam ainda assim a atenção que a suas disposições extraordinárias impunham. Tal projeto de lei foi transformado em lei no ano seguinte, iniciando aqui a vigência da lei nº 4 de junho de 1835 (PIROLA, 2012, p. 30-33).

No trâmite legislativo do projeto, as alterações realizadas na versão original foram pequenas e as sessões parlamentares foram rápidas e curtas. Destaque seja feito ao discurso do deputado Ferreira França, contrário à proposta do governo, quando afirmou que a constituição de 1824 impedia a desconsideração da humanidade, mesmo dos escravos, e que o projeto representava “uma monstruosidade anticonstitucional”. A favor da lei excepcional, se manifestou o deputado Castro e Silva, dizendo que a “monstruosidade” apontada pelo colega Ferreira França deveria ser apontada ao Código de Processo Penal de 1832 que indevidamente “igualava o cidadão livre com o escravo” (PIROLA, 2013, p. 39-40).

Após o trâmite na Câmara, o projeto foi encaminhado ao senado em 6 de maio de 1834, ali também não suscitou muitos debates em face do consenso formado em razão da necessidade que representava a lei. Neste dia houve um pedido do Marquês de Caravelas para que a discussão foi realizada em sessão secreta, assim como o voto. Tendo sido aprovada esta proposta no Senado, a discussão e aprovação da lei no Senado se deu de forma secreta, em razão da própria natureza da questão, evitando rumores na imprensa sobre o tema. O texto do projeto votado no Senado retornou à Câmara para análise das emendas em 15 de maio de 1835, tendo sido sancionada em 10 de junho do mesmo ano (PIROLA, 2013, p. 41-44).

O contexto da propositura do projeto, a forma como transcorreu o processo parlamentar e o teor da lei 4 de 10 de junho de 1835 demonstram o caráter de emergência desta lei. A lei excepcional, *horrenda excepcione*, representa um importante aspecto do duplo nível de legalidade no império. Seu objetivo era claro e certo: alterar a forma de processamento e

punição dos escravos que se voltassem contra a ordem senhorial (ANDRADE, 2020, p. 136 e ss).

Apesar de conter somente 5 artigos, as modificações na dinâmica jurídica eram muito relevantes. A alteração mais drástica estava inscrita logo no artigo 1º:

Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem.

Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circunstancias mais ou menos agravantes (BRASIL, 1835).

O Código Criminal de 1830 possibilitava a incidência da pena de morte aos casos de crime de insurreição no grau máximo (art. 113), aos cabeças do levante, no de homicídio no grau máximo (art. 192) e no de latrocínio no grau máximo (art. 271). Não havia a cominação de pena de morte no caso de propinar veneno, lesões corporais graves ou ofensa física (arts. 201 a 206). Portanto, a lei de 10 de junho de 1835 aumentou significativamente as hipóteses de condenação à pena de morte especificamente contra réus escravos.

Os artigos 2º e 4º da lei alteravam o Código de Processo Criminal aprovado cerca de 3 anos da edição da lei e em menos de 1 ano do envio da proposta.

Art. 2º Acontecendo algum dos delictos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro commettido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinaria do Jury do Termo (caso não esteja em exercicio) convocada pelo Juiz de Direito, a quem taes acontecimentos serão immediatamente communicados.

[...]

Art. 4º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum (BRASIL, 1835).

A lei obriga a convocação de reunião extraordinária do júri para a apreciação do caso e flexibiliza o quórum, que antes era de maioria absoluta (art. 270), facilitando a condenação dos réus a pena de morte, alterando, inclusive a regulação do processo criminal do crime de insurreição. A garantia final negada aos escravos que se enquadrassem nessa lei era a possibilidade de recurso da decisão do júri, cuja execução deveria ser sumária e sem possibilidade de obtenção da graça do imperador.

A lei nefanda, como ficou conhecida, mudava para um nível muito baixo de legalidade de réus enquadrados em seus requisitos, aumentando em muito a possibilidade de crimes que incidiam pena de morte e garantindo uma execução rápida da pena, sem as “facilidades e a frouxidão” das leis penais recentemente aprovadas no império.

Todo este contexto maior de grande convulsão social e rebeldia escrava demandou uma rápida e efetiva ação dos deputados brasileiros, ao primeiro, introduzirem no projeto do Código Criminal disposições específicas à repressão escravista, como foram as disposições do art. 60 e dos artigos 113, 114 e 115 do Código Criminal que disputam de crimes e formas de punição específicas para escravos, operando um duplo nível de legalidade interno ao código. Segundo, os crimes de escravos cometidos contra a família e administração senhorial passaram a receber regulação diferenciada a partir de 1835 em razão de demandas por “medias extraordinárias” que necessitavam ser tomadas a fim de se garantir a ordem e a segurança do Império e este processo possibilitou a operação de uma segunda espécie de duplo nível de legalidade, operado a partir da insígnia da emergência, tal qual ficaram evidentes no trâmite e nos relatos dos parlamentares tramitação do projeto que resultou na lei nº 4 de 10 de junho de 1835.

3 “QUE SEJA MODERADO, E QUE EM QUALIDADE NÃO SEJA CONTRÁRIO ÀS LEIS EM VIGOR”: A DOCTRINA CRIMINAL DOS CASTIGOS ESCRAVISTAS

Os caminhos percorridos no presente trabalho, até aqui, tentaram articular variadas fontes que pudessem mostrar os fundamentos de um direito de castigar, uma prerrogativa legitimada pelo direito daquela época que conferia aos senhores o direito de punir os escravos. Tentei demonstrar a forma que este direito se relacionou com o novo modelo de controle penal hegemônico, especialmente com a cultura jurídica dos códigos. Por isso tentei demonstrar a pluralidade de instâncias (pública e privada) onde a punição escrava se desenvolvia, ou seja, dentro das fazendas por meio das ordens dos senhores ou feitores, nas cidades por meio das Posturas Municipais que regulavam a rotina, as construções e o trânsito de escravos no cenário local. Para tanto, foi articulado o conceito de duplo nível de legalidade como tentativa de auxiliar metodologicamente a compreensão do fenômeno da punição naquele contexto, onde as tensões sociais e políticas evidentemente não foram suprimidas pelo verniz legal do penal hegemônico.

No caso Brasileiro, o conceito de duplo nível de legalidade vem sendo utilizado pela historiografia do direito penal quando se tenta explicar o contexto jurídico da repressão ao dissenso político do Estado Novo (NUNES, 2010; HORN, 2013) ou nas pesquisas relacionadas à doutrina da segurança nacional e repressão ao terrorismo na Ditadura Militar de 1964 (DAL RI JR, 2020; SILVA, 2014), portanto em momentos políticos sensíveis na história brasileira e que se ligam à adoção de sistemas de Ditaduras Militares e da emergência de Estados de Exceção.

Nestes contextos, a dinâmica da legislação brasileira e o contexto social italiano – de onde o conceito foi empregado por Sbriccoli (2007, 2010, 2011) - se assemelhavam em muitos aspectos: a) no Estado Novo (1937-1946) o governo de Getúlio Vargas passa a editar diversas leis penais extravagantes com o objetivo de reprimir o dissenso político (socialistas, comunistas e anarquistas) e os inimigos do Estado (NUNES; SONTAG, 2020); b) no contexto do pós 2ª Guerra Mundial e eclosão da Guerra Fria, percebe-se a adoção de um Estado de Sítio em 1964 e o uso das doutrinas (transnacionais) de segurança nacional no combate ao comunismo interno que deveria ser extirpado do seio da sociedade, neste momento mais dramático da Ditadura Militar brasileira se estruturou uma série de instrumentos jurídicos legislativos que operaram num nível excepcional de legalidade (DAL RI JR, 2006).

Estas abordagens são relevantes no percurso dos debates sobre a característica do exercício da legalidade penal brasileira em meio a crescentes demandas de repressão ao dissenso político, onde ficam evidentes as tendências estatais pelo alargamento do controle penal em detrimento da integridade das garantias penais, sem desprezar a vigência da força dos códigos para a repressão dos delitos comuns (RIBEIRO, 2005; PIROLA, 2013; ANDRADE, 2020).

A proposta de análise desta pesquisa tem como marco temporal o século XIX brasileiro e se coloca como um instrumento a mais para pensar a codificação penal ocorrida na década de 1830. Para tanto, se vale das abordagens de Ricardo Sontag (2016⁸⁵; 2020) e Diego Nunes (2019) que se utilizam do conceito de duplo nível de legalidade a fim de tentar explicar o fenômeno da codificação criminal no Império. As questões levantadas por estes autores passam pela problematização do art. 60 do Código Criminal (SONTAG, 2020), às penas de morte e galés aplicadas aos escravos (SONTAG, 2016), e ao problema maior da excepcionalidade dessa regulação criminal específica aos escravos que se demonstrou mais latente com a lei de 10 de junho de 1835 (NUNES, 2019; ANDRADE, 2020).

O objeto principal de análise deste capítulo é a doutrina acerca do art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830. Este dispositivo do código permite entender como se deu o processo de adequação do modelo jurídico que justificou por anos os castigos domésticos no período colonial à nova regulação penal moderna aos escravos.

As décadas que antecederam a promulgação do Código Criminal brasileiro representam um período de intensas disputas não somente entre forças políticas regionais em oposição à unificação em torno de um governo central e monárquico. Espectativas de grupo de escravizados em torno de ideais de liberdade também permeavam o imaginário social (CARVALHO, 2019). A este respeito, basta lembrar que um dos motivos que gerou o stopim da Revolta das Carrancas foi uma notícia falsa da abolição da escravidão na província do Rio de Janeiro por meio da força por escravos (ANDRADE, 2020; RIBEIRO, 2005).

Entretanto, foi mesmo a escravidão o elemento que possibilitou a união de um corpo social tão heterogêneo em torno da proteção simbólica da monarquia. O pacto pela manutenção da escravidão, a garantia da propriedade escrava cristalizada na Carta Constitucional de 1824

⁸⁵ Apesar de o principal problema deste trabalho ser a pena de prisão entre os Códigos de 1830 e 1890, o autor nos apresenta um importante panorama sobre os debates dos juristas no intuito de “civilizar” o direito penal, dando ênfase, neste aspecto, ao debate entorno da pena de açoites, morte e galés aplicadas aos escravos (SONTAG, 2016, p. 56-60)

demandou instrumentos jurídicos que fossem capazes de manter sob controle uma significativa parte da população que vivia no território da Nação recém-criada submetida ao cativoiro.

A escravidão, portanto, era o elemento político sobre o qual os legisladores brasileiros tiveram que lidar quando da elaboração do Código Criminal de 1830. Muito mais do que o verniz retórico da morte civil oferecido pelo discusso dos juristas, era necessário estabelecer a ordem pública e privada, em detrimento das liberdades penais concebidas a partir da noção do indivíduo universal. A escravidão e o escravo, como elementos políticos que punham constantemente em risco a ordem política do Império do Brasil, mereciam instrumentos jurídicos excepcionais capazes de oferecer a estabilidade nacional.

As diversas sublevações escravas ocorridas no período anterior e pós independência foram duramente reprimidas a partir do discusso do “medo branco contra uma onda negra” que tomasse as áreas rurais e as recentes áreas urbanas que estavam infestadas de pretos e pretas insubmissos e revoltosos. O Barão do Paty e Alferes em seu manual já alertava que “o preto he sempre inimigo do senhor” (VERNEK, 1847, p. 17), ao passo que Carlos A. Taunay trouxe a memória de São Domingos como exemplo bem-sucedido da tomada do poder pelos escravos e a necessidade imperiosa da escravidão:

a geração que acha o mal estabelecido [a escravidão] não fica solidaria da culpabilidade daquillo que, pela razão que existe, possui huma força muitas vezes irresistivel, e certos abusos radicaes tem huma connexão tão estreita com o principio vital de huma nação, que seria mais facil acabar com a existencia nacional, do que com estes mesmos abusos (TAUNAY, 1839, p. 5)

Pretendo aqui enfatizar que o código, ao permitir os castigos escravistas como causa de excludente da ilicitude penal de senhores e feitores, o fez ante a centralidade política do controle privado dos escravos pelos senhores, e de manutenção da própria ordem pública do Império. Com isso, estabeleceu a regulação por intermédio de um “subnível” imenso e sombrio de legalidade, a partir de disposições incertas e ambíguas, que de certa forma adaptavam as práticas históricas brasileiras de punição extrapenal escravista extremamente violentas, em descompasso com as novas estruturas do direito penal pós-iluminista.

O artigo 14 é entendido não como um mero detalhe, mas como uma fenda profunda que escondia os horrores diários da escravidão brasileira que foram amoldados tanto no plano discurso moderno por intermédio do verniz da legalidade formal, quanto no plano sócio-político, atendendo às necessidades de controle e contenção escrava cada vez urgentes.

A escravidão deve ser lida a partir do seu elemento político na regulação penal e o escravo um inimigo preferencial dos senhores e do Estado imperial que necessitava, para a sua própria existência e manutenção, dispor de instrumentos jurídicos capazes de oferecer a

repressão e o controle dos cativos, seja no plano privado por meio da execução dos castigos domésticos, cujas garantias de moderação na prática perdiam todo sentido na prática, seja no plano público, com a introdução de formas diferenciadas de punição como o art. 60, 113 e 308 do Código e mesmo com a Lei de 10 de junho de 1835.

Dessa forma, a inserção dos castigos escravistas no âmbito da lei penal pode também ser compreendida a partir de um viés de sustentação e manutenção do escravismo e da dominação escravista, da dominação corporal dos escravos pelos senhores por meio de práticas de suplícios que foram inseridas no Código para resguardar o poder dos senhores.

Para esta análise me valerei do instrumento da comparação do Código de 1830 com alguns modelos de legislação criminal contemporâneos e anteriores a promulgação do código brasileiro a fim de verificar: se houve e em qual medida é possível falar de apropriação de algum modelo legal estrangeiro na construção deste dispositivo. Para além dessas fontes, serão pesquisadas possíveis apropriações conceituais de autores iluministas em voga, com destaque aqui a figura de Jeremy Bentham, e também será buscado nas fontes doutrinárias oitocentistas do art. 14, § 6º, buscando entender os limites de aplicação deste dispositivo e os alcances dos sentidos semânticos do que seja “castigo moderado” e conformidade com “as leis em vigor”.

Ao final, a ênfase será dada ao momento de tensão ocorrido após a segunda metade do século XIX, com os debates legalistas que possibilitaram o estabelecimento de um ambiente propício ao estabelecimento de um direito penal hegemônico com mais robustez. Ao mesmo tempo, a análise de alguns trabalhos tornará possível vislumbrar uma mudança significativa dos embates políticos e jurídicos entorno dos significados e novos sentidos que o art. 14, § 6º do Código Criminal ganhará, no cenário maior a influência irreversível dos debates sobre a abolição da pena de açoites que trouxeram para a seara criminal a luta pela própria abolição da escravidão, que redundará na contestação dos poderes senhoriais, especialmente os poderes correcionais.

3.1 Pena e castigo: alguns apontamentos

Antes de adentrar propriamente ao debate sobre as possíveis apropriações do artigo 14 do Código Criminal de 1830, cabe aqui uma importante observação: na estrutura semântica do código se adotou a nomenclatura pena para designar as punições criminais disciplinadas pelo diploma, e se estabeleceu uma distinção do sentido semântico designado para a palavra castigo,

como punições destinadas aos escravos, sejam elas correções no âmbito privado, sejam os castigos aplicados e administrados pelo Estado por meio das Casas de Correção ou nos Calabouços.

A palavra castigo aparece no código apenas em 3 ocasiões, duas delas no próprio art. 14, § 6º, quando trata sobre os castigos moderados e uma outra no art. 158⁸⁶, que trata dos crimes contra a boa administração da justiça do império, imputando pena ao funcionário que deixar de empregar os meios necessários para prender ou castigar réus e malfeitores na jurisdição de sua competência.

Vivian Costa (2013, p. 222) também chamou atenção para este aspecto. Segundo a autora, houve “a quase supressão” do projeto Vasconcelos durante o trâmite legislativo dos anos de 1827 e 1830 do termo castigo. No projeto Vasconcelos pena e castigo eram termos sinônimos (especialmente no Capítulo Das penas ou castigos), entretanto, este “sentido [...] desaparecerá por completo em 1830”.

Esta distinção não parece ter sido ocasional. Para tanto, cabe aqui a remissão a alguns exemplos de legislações penais contemporâneas ao Código Criminal de 1830 para melhor subsidiar a conclusão pela via da comparação.

O Projeto de Código Criminal de Pascoal de Melo Freire de 1789, conhecido pelos juristas brasileiros formados em Coimbra, tratava os termos “delicto” e “castigo” como sinônimo. É possível perceber isso ao analisarmos o Título II, § 3º, que trata das pessoas capazes de delinquir, onde se diz “e não serão castigados os furiosos, posto que o delicto fosse cometido antes do furor [...]”. Já no § 5º do mesmo título se diz “os infantes são incapazes de todo o delicto, e pena”, o mesmo se vê no § 10 que diz “não sendo porém licita a acção, deve responder por ella, e ser castigado por todo o damno a que deo causa” (MELO FREIRE, 1789, p. 21-22). No decorrer do projeto de Mello Freire as palavras também vão sendo utilizadas de forma variada e alternada, mas sempre designando o mesmo sentido: castigo e pena eram tratados como punição legal do código.

No Código Penal do Império da Áustria de 1803⁸⁷ (FOUCHER, 1833), os termos pena e castigo aparecem em diversos artigos como correlatos de punição, sem uma diferenciação tão explícita entre a pena como decorrente das punições legais e o castigo como decorrência de

⁸⁶ Art. 158. Não empregar para a prisão, ou castigo dos malfeitores, ou réos de crimes publicos, que existirem nos lugares de sua jurisdicção, os meios, que estiverem ao seu alcance (BRASIL, 1830).

⁸⁷ Artigos 20, 29, 49, 289, 330, 364 do Código do Império da Áustria de 1803 são alguns exemplos em que ambos os termos aparecem no diploma com significação ampla de punição, mesmo que em alguns casos haja a referência a penas corporais (FOUCHER, 1833).

punições extralegais. Ambas as palavras figuram neste diploma como uma espécie de punição penal pública.

O Código Penal Espanhol de 1822 (ESPANHA, 1822) também trata dos termos pena e castigos como sinônimos. Em diversos dispositivos deste diploma é possível observar a indicação de castigos para indicar a pena pública decorrente da disciplina do código. A título de exemplo, o artigo primeiro do Código Espanhol utiliza o termo “pena”, mas logo nos artigos 7º e 8º já é possível observar os termos respectivamente “será castigada com la cuarta parte á la metade de la pena que la ley prescriba” e “no será castigada sino cuando el acto”. No decorrer deste diploma, os termos serão vastamente utilizados como correspondentes, com exceção de alguns dispositivos que se referirão aos castigos privados aplicados pelos pais e tutores (art. 607 e 625, p. ex.).

O Código francês de 1810 se utiliza largamente do termo pena (*peine*), abrindo mão do termo castigo (*châtiment*) na sua formatação (FRANÇA, 1810). O mesmo ocorreu com o Código Penal do Reino das Duas Sicílias de 1819 (FOUCHER, 1836) em que a palavra castigo também não figura no texto do diploma. É possível que neste sentido, tenha havido uma adesão dos parlamentares a esta característica específica para atender a interesses próprios do processo brasileiro.

Ocorre que o próprio Jeremy Bentham, a quem muitos juristas se valeram das lições, não faz qualquer distinção entre os termos pena e castigo. Segundo suas lições os termos são sinônimos e representam o poder de infligir o mal a uma pessoa de forma legítima: “A palavra *pena*, ou para evitar desde logo todo equívoco, a palavra *castigo*, é uma daquelas que, à primeira vista, parece que não tem necessidade de ser definida” (BENTHAM, 1943, p. 17).

Para Bentham, o sentido do termo castigar se encontra intrínseco ao sentido da palavra pena: “Castigar, no sentido o mais vulgar, é impor um mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação, que parece que se fez, ou que se deixou de fazer” (BENTHAM, 1943, p. 17). Por fim, ele define o seu conceito de pena legal: “Pena legal: isto é, do castigo legal” (BENTHAM, 1943, p. 20).

A especificidade da lógica interna do Código Criminal de 1830 parece demonstrar que a escolha da utilização dos termos pena e castigo para designar objetos de punição diferenciados pode ter sido resultado de uma preocupação do legislador da época de separar conceitualmente a disciplina da escravidão no código. No plano comparado, havia exemplos de códigos que em sua maioria não distinguiam os termos pena e castigo, à exceção dos códigos francês e austríaco que talvez possam ter influenciado a distinção dos termos no diploma brasileiro.

Entretanto, é revelador o fato de o projeto Vasconcellos não fazer qualquer distinção dos termos, tratando-os como sinônimos e de essa mudança ocorrer no curso do processo legislativo, sem qualquer documentação acerca do motivo. A preocupação inicial dos legisladores do código criminal brasileiro em separar a disciplina da escravidão do texto do diploma pode indicar este desígnio, que fica ainda mais evidente quando se lê as três únicas oportunidades em que o termo castigo aparece, com referências concretas a práticas que se relacionavam a punição escravista.

3.2 A excludente de ilicitude do art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830

A teoria do delito hoje aceita no Brasil compreende que nos casos de causas de excludentes de ilicitude não se configura uma conduta típica, ou seja, um crime não se concretiza, por ausência do requisito da antijuridicidade. Hoje os penalistas adotam a teoria tripartida do delito em que é preciso além da tipicidade, ou seja, a descrição legal de um fato como um crime, haveria a necessidade de se configurarem os elementos da antijuridicidade, que significa a contrariedade ao ordenamento jurídico, e da culpabilidade, que representa a reprovabilidade da conduta (BATISTA, 2007).

O artigo 14 do Código Criminal do Império regulava as hipóteses do que atualmente entendemos como excludentes de ilicitude, mas a nomenclatura escolhida para a época é diversa: “crimes justificáveis”. Tratavam-se de hipóteses legais de condutas que, embora descritas como crimes, a sua ação não merecia a reprovação e em consequência a aplicação de uma pena. O resultado do processo deveria ser a absolvição do réu.

Compreendiam ao total seis parágrafos que descreviam um rol de hipóteses de “justificação” legal de crimes. As que estavam reguladas nos parágrafos 1 a 5 iam desde o cometimento de uma conduta típica para evitar um mal maior (§ 1º), passando pela legítima defesa, que o código dividia em legítima defesa própria (§ 2º), de familiares (§ 3º) e de terceiros (§ 4º), e quando a conduta fosse praticada em resistência a ordem ilegal, desde que fossem excedidos os meios (§ 5º).

O objetivo aqui é compreender especificamente a disciplina do § 6º do art. 14. Tal dispositivo possibilitava a absolvição de conduta decorrente de aplicação de castigos moderados dos pais em relação aos filhos, dos mestres em relação aos discípulos e dos senhores em relação a seus escravos:

Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle:

[...]

6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, **os senhores a seus escravos**, e os mestres a seus discipulos; **ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor** (BRASIL, 1830, grifo nosso).

Interessa aqui a discussão da hipótese de “justificação” do crime dos senhores contra seus escravos. A partir da interpretação do texto deste artigo é possível concluir, por exemplo, que os atos decorrentes de castigos físicos praticados por senhores de escravos, feitores ou outros prepostos recebiam uma exculpação da nova legislação penal do império, impedindo ou mesmo dificultando a possibilidade de um escravo figurar como vítima dos crimes de ferimentos e outras ofensas físicas regulados nos artigos 201, 202, 203, 204, 205, 206⁸⁸ do Código Criminal. As mesmas dificuldades poderiam encontrar as autoridades judiciárias para punir alguém que causasse a morte de um escravo em decorrência da aplicação de castigos físicos (crime de homicídio regulado pelos artigos 192, 193, 194 e 195⁸⁹).

Nestes casos, a questão jurídica central a se levantar seria sobre a qualidade dos castigos escravistas, ou seja, se questionar se o castigo aplicado era considerado um “castigo moderado” e se este castigo estava em conformidade com o direito da época. Perguntas difíceis

⁸⁸ “Art. 201. Ferir ou cortar qualquer parte do corpo humano, ou fazer qualquer outra offensa physica, com que se cause dôr ao offendido.

Penas - de prisão por um mez a um anno, e multa correspondente á metade do tempo.

Art. 202. Se houver, ou resultar mutilação, ou destruição de algum membro, ou órgão, dotado de um movimento distincto, ou de uma funcção especifica, que se pôde perder, sem perder a vida.

Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 203. A mesma pena se imporá no caso, em que houver, ou resultar inhabilitação de membro, ou órgão, sem que comtudo fique destruido.

Art. 204. Quando do ferimento, ou outra offensa physica resultar deformidade.

Penas - de prisão com trabalho por um a tres annos, e multa correspondente á metade do tempo.

Art. 205. Se o mal corporeo resultante do ferimento, ou da offensa physica produzir gravo incommodo de saude, ou inhabilitação de serviço por mais de um mez.

Penas - de prisão com trabalho por um a oito annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 206. Causar á alguém qualquer dôr physica com o unico fim de o injuriar.

Penas - de prisão por dous mezes a dous annos, e de multa correspondente a duas terças partes do tempo. Se para esse fim se usar de instrumento aviltante, ou se fizer offensa em lugar publico.

Penas - de prisão por quatro mezes a quatro annos, e de multa correspondente a duas terças portes do tempo” (BRASIL, 1830).

⁸⁹ “Art. 192. Matar alguém com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.

Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circumstancias aggravantes.

Penas - de galés perpetuas no gráo maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no minimo.

Art. 194. Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removel-o.

Penas - de prisão com trabalho por dous a dez annos.

Art. 195. O mal se julgará mortal a juizo dos facultativos; e, discordando estes, ou não sendo possivel ouvil-os, será o réo punido com as penas do artigo antecedente” (BRASIL, 1830).

que fizeram parte da rotina dos debates jurídicos, figuravam em denúncias de matérias de jornais que questionavam a crueldade de senhores escravistas, e estiveram na pauta política e judiciária.

Para compreender a doutrina do art. 14, § 6º do código, entendo que este dispositivo legal possibilitou um ponto de diálogo entre dois modelos de punição: o primeiro, que se denominou neste trabalho de Justiça Doméstica (Senhorial), ou seja, o poder de castigo e correção dos escravos pelos seus senhores; e o segundo, representado pelo modelo da Justiça Pública do Código Criminal de 1830, de caráter público, racionalista e de bases iluministas. Este aspecto não recebeu ainda muita atenção da historiografia do direito penal a fim de compreender não somente a convivência de sistemas penais aparentemente incompatíveis, mas também a possibilidade de ocorrência neste dispositivo de um duplo nível de legalidade, ao se reconhecer no bojo do Código a legitimidade dos castigos físicos escravistas e a sua legalidade enquanto um sistema de punição privada.

A este respeito, Massimo Meccarelli (2010, p. 15) observa como a experiência jurídica moderna dada a partir da descoberta da lei enquanto um “dispositivo ordenante” operou uma significativa mudança da dimensão jurídica da justiça, que se deslocou do ponto em que o direito representaria um “instrumento de *determinação* da justiça” para um “instrumento de *administração* da justiça”⁹⁰. Este campo de tensão onde se verificavam as funções de fins comunitários e estatais da justiça se perdeu para dar lugar a espaços de processos distintos e separados (público e privado), despojados da sua complexidade aparentemente solucionadas pela formalidade da lei.

Pode-se pensar esta relação a partir de um caráter de complementação de instâncias de exercício do poder de punir por meio de estruturas jurídicas variadas. A instância doméstica, onde eram reguladas e aplicadas as sanções impostas aos escravos por infração à disciplina e ao trabalho, remontando suas bases ao direito civil e a tradição do direito comum. E a instância do direito penal público instituída com o Código de 1830 que estabelecia um modelo regulado de punição aos escravos, mas que em razão de elementos políticos emergenciais, precisava se

⁹⁰ Meccarelli (2010) parte da análise do dimensionamento da justiça no período do *ius commune*, imerso em uma sociedade pluralista e diversa e caracterizada por pontos de tensão de concepção e produção do direito. O direito, nesta sociedade corporativa seria um momento de terminação da justiça, ou seja, de formação de espaços de negociação, adequação social e de composição de conflitos com vistas a manter o “equilíbrio variável dos corpos constitutivos destas sociedades. Já no período Moderno, com a cultura da codificação, o estabelecimento do paradigma hegemônico penal e o advento da legalidade, o campo político absorve os processos de tensões sociais por meio da decisão política, subtraindo a capacidade jurisprudencial de formação desses processos de adequação, relevando o direito a uma função instrumental de mera administração da justiça, despojada de quaisquer complexidades estruturais e conjecturais.

estabelecer a partir de níveis diversos de legalidade. Neste contexto da punição oitocentista, onde um sistema de justiça criminal mostrava sua insuficiência entrava em atuação o outro sistema a fim de manter o controle social dos desvios escravos para a manutenção da ordem maior do império que estava assentada na própria continuidade deste sistema de produção e trabalho.

Há posições que vislumbram nesta doutrina a possibilidade de tensão entre os modelos de punição, entendendo o art. 14, § 6º como um verdadeiro “cavalo de Tróia” do Código Criminal de 1830 que possibilitou a contestação no plano legal das práticas de punição senhorial, toleradas enquanto costume jurídico antigo, mas limitadas pelo novo modelo penal iluminista (BRIGHENTI, 2019).

Mas, neste momento, interessa compreender a possibilidade de análise das apropriações ocorridas na fórmula do art. 14, e mais especificamente pelo art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830 por outros diplomas da codificação penal contemporâneos. A pesquisa de Vivian Costa (2013), neste sentido, foi um caminho necessário a se passar, ante a importância da análise global já produzida pela autora. Cabe aqui questionar se, em que medida, é possível conceber a fórmula do art. 14, § 6º do Código Criminal a partir de modelos jurídicos dispostos no cenário comparado.

Dentro do debate dos diplomas que foram fonte de apropriação para a construção do Código Criminal brasileiro destaca-se o Código Penal Espanhol de 1822. De acordo com Vivian Costa, foi a partir deste diploma jurídico que se formou a estrutura do art. 14, § 6º (COSTA, 2013, p. 249). Segundo demonstrou Costa em sua pesquisa, a fórmula legal do art. 14 do Código Criminal brasileiro é correlata aos artigos 625 do Código Espanhol de 1822, além do artigo 415 do Código de Livingston (COSTA, 2013, p. 276).

Ao comentar este artigo, Costa (2013, p. 275-276) aponta para alguns equívocos da historiografia sobre o tema, especialmente das produções de Zahidé Machado Neto (1977) e Jurandir Malerba (1992), que relacionariam o art. 14, § 6º do Código Criminal “como uma referência explícita ao caráter patriarcal de que se revestia a sociedade escravista” brasileira do século XIX. Para esta autora, tais conclusões derivariam de uma leitura limitada, porque restrita somente a análise do código brasileiro, sem se fazer o esforço de busca pela comparação com outros diplomas contemporâneos. O Código Livingston e o Espanhol demonstrariam a existência de dispositivos análogos na legislação comparada e reforçariam os elementos desses equívocos. Como bem salientado por Costa, a atribuição da existência de dispositivos como o

do art. 14 § 6º do CCrim deveria se pautar por uma abordagem mais complexa, para não se cair em reducionismos.

Os argumentos de Costa são válidos e importantes para a compreensão do problema. Entretanto, nesta pesquisa, busquei investigar a “dimensão jurídica” da construção legal do dispositivo art. 14, § 6º, para além do mero esforço metodológico de comparação com diversos diplomas jurídicos que beberam na mesma tradição codificadora. O objetivo principal é compreender se além da forma legal dos textos (sintaxe), do ponto de vista das estruturas jurídicas de fundo (teorias jurídicas) esses diplomas refletiam de fato a fórmula adotada pelo código brasileiro ou se havia diferenças importantes? A fim de melhor entender as nuances da construção legislativa deste dispositivo, a proposta é refazer o caminho trilhado por Costa para buscar, através dos estudos da história do direito, ampliar o debate sobre as escolhas legislativas na construção da doutrina do artigo 14, § 6º do código criminal.

Começo pelo Código Livingston partindo das disposições que constam no art. 415 que se mostram realmente reveladoras. Destaco que na citação ao referido dispositivo realizada na pesquisa de Costa (2013, p. 276), ficam faltando as referências ao artigo completo. Somente consta na nota de rodapé nº 516 o *caput* do artigo e o primeiro parágrafo. Além do complemento final sobre o uso da violência, restaram os 8 parágrafos seguintes que elencam situações que eximem de culpa a conduta criminal. Mesmo que em muitos casos não façam conexão com o tema dos castigos moderados, servem para retratar a própria lógica em que se insere o dispositivo pensado por Livingston.

O art. 415 do *Code Penal (System of Penal Law)* está colocado no Título XIX que trata das ofensas contra a integridade física individual (*The offences affecting the persons of individuals*). Este artigo dispõe sobre verdadeiras causas de exclusão de ilicitude da conduta criminal, desde o assalto, às lesões corporais, tolerando algumas agressões físicas, em casos específicos e bem delimitados, como é o caso deste dispositivo.

A estrutura do artigo se assemelha em alguns aspectos com o próprio art. 14 como um todo, guardando algumas peculiaridades que o diploma brasileiro deixou de tratar. Mas é preciso pontuar que apesar de resguardar legalmente o direito de correção dos pais aos filhos, mestres, senhores e mesmo de tutores e outras pessoas munidas de alguma autoridade, a parte final do dispositivo expõe uma importante limitação ao uso deste direito, delimitando os graus e hipóteses em que se pode considerar a moderação como um exercício regular do direito:

Art 415. Violence offered to the person does not amount to the offence of battery, where it is done in either of the cases, or for either of the purposes hereafter enumerated in this article; that is to say:

1. In the execution of that right of moderate restraint or correction which is given by law to the parent over the child: the tutor or curator over his minor ward; the master over the apprentice or servant; the schoolmaster over the scholar; or by person duly authorised to use such restraint or correction towards minors, by person standing in either of above relations to them;
2. By the curator of a person insane, for the necessary restraint of the ward, although such ward be of full age;
3. For the preservation of order in any meeting either for religious, political, literary, social, or any other lawful purpose;
4. For the necessary preservation of the peace, or to prevent the commission of any crime;
5. To prevent or put an end to an intrusion on a legal possession;
6. To make a lawful arrest, and to detain the party arrested in lawful custody, in cases where, by the code of procedure, arrests are permitted without warrant;
7. In obedience to the lawful order of a magistrate, or court of competent authority;
8. To overcome resistance to the execution of any such lawful order.
9. In self-defence, or the defence as another, against unlawful violence, offered to his person or property.

In each of the preceding cases, the force used, to effect either of the purposes thereby declared to be lawful, must be such as does not exceed what is necessary for the purpose, otherwise it will amount to the offence of battery. That degree of force shall be esteemed to have been necessary, which would have appeared so to one of ordinary prudence and firmness, placed in the situation in which the accused was (LIVINGSTON, 1833, p. 100-102).

Ao final, a advertência de que, caso se configurem abusos ou excessos no exercício da legítima defesa e, no nosso caso, no exercício do direito correccional na prática dos castigos moderados, o agressor seria acusado do respectivo crime de lesões corporais ou outro crime adequado ao caso. O art. 14, § 6º em nenhum momento esboça qualquer advertência legal ao legitimado deste direito no caso de excesso, se resguarda em apenas enunciar o direito e utilizar o termo “castigo moderado” fazendo alusão de que não seja “contrário às leis em vigor”.

O dispositivo do Código Livingston é em comparação ao art. 14, § 6º muito mais detalhista quanto as hipóteses de enquadramento e explícito quanto aos limites jurídicos do exercício do direito, deixando pouca margem para termos abertos em demasia e a ambiguidades, como as existentes no caso brasileiro. Mas o ponto mais sensível parece ser a existência de balizas expressas quanto aos limites impostos ao direito de castigar.

Outra observação importante é que este artigo deve ser lido em relação ao art. 406 que abre a disposição do Título XIX, que estabelece o direito a integridade física de qualquer pessoa, assim como as hipóteses em que esse direito pode ser violado legitimamente:

Art. 406 No one has a right to use any violence on the person of another, except in the cases and to the degree allowed by the law; such violence used in any other case and to a greater degree, with intent to inflict an injury, is an offence called a battery; it may be a misdemeanour, or a crime, according to the measure of violence or the intent with it is offered.

Art 407 By the term “violence”, in the above definition, is meant any physical force applied either immediately, by any part of the body of the person using it, or by the instrumentality or intervention of any matter, whether animate or inanimate.

The explanation in the last article may be illustrated thus: a blow with the hand is an example of physical force applied immediately by the body of the person using it; a bullet shot from a gun, a stroke given with a cudgel, water thrown from a bowl, are examples of the employment of inanimate matter; and one man injured by pushing another against him, or by beating or assaulting the horse which draws or carries him, are instances of battery committed by the intervention of animated matter (LIVINGSTON, 1833, p. 100-101)

Seguindo os passos da autora, a pesquisa se volta ao Código Espanhol de 1822 e a apontada influência do art. 14, § 6º do código brasileiro. Na pesquisa procurei ir além do indicado art. 625, para questionar se por ventura haveriam outras disposições semelhantes. Para isto, a procura inicial foi realizada a partir da leitura do índice destacado na estrutura do diploma. Buscou-se a regulação no Título Preliminar, que regula a matéria do que hoje se denominam de teoria do delito e da pena, Capítulo IV, “*y de la exclusion de todo asilo para los que delincan*”, que representam os artigos 21 a 26 daquele diploma:

Art. 21. En ningun caso puede ser considerado como delincuente ni culpable **el que comete la accion contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir, ó por alguna orden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar. Compréndense en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar.**

Art. 22. Si las las amenazas ó el temor no hubieren sido suficientes para causar esteos efectos, ó si la violència aunque efectiva fuere tal que se hubiere podido resistir á ella sin riesgo inminente y grave de la persona, se castigará al que cometa la accion por cualquiera de estas causas con la terceira á las dos terceras partes de la pena que la ley señale contra dicha accion.

Art. 23. Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningun caso el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diez y siete, cometiere alguna accion que tenga el caracter de delito ó culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si lia obrado ó no con discernimiento y malicia segun lo que resulte, y lo mas ó menos desarrolladas que esten sus facultades intelectuales.

Art. 24. Si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de diez y siete años , no se le impondrá pena alguna, y se le entregará á sus padres, abuelos, tutores ó curadores para que le corrijan y cuiden de él; pero si estos no pudieren hacerlo , ó no merecieren confianza , y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente juicio del juez, podrá este ponerle en una casa de correccion por el tiempo que crea convenien te , con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad.

Art. 25. Si se declarare haber obrado con discernimiento y malicia , se le castigará con la cuarta parte á la mitad de la pena señala al delito, segun lo que se precibirá em los artículos 64 y 65.

Art. 26. Tampoco se puede tener por delincuente ni culpable **al que comete la accion hallándose dormido, ó en estado de demencia ó delirio , ó privado del uso de su razon de cualquiera otra manera independiente de su voluntad.** La embriaguez voluntaria y cualquiera otra privacion ó alteracion de la razon de la misma classe no serán nunca dísculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella se disminuirá la pena respectiva (ESPAÑA, 1822, p. 5+6, grifo nosso).

A conclusão a que cheguei da análise deste título é que pode haver apropriações de alguns dos dispositivos que tratam de excludente de ilicitude do Código Espanhol,

especialmente os que constam, nos artigos 21 e alguns aspectos no art. 26. Mas as apropriações destes dispositivos não podem ser atribuídas ao caso específico do art 14, § 6º do Código Criminal, se não a outras hipóteses do próprio art. 14, confirmando a posição de Costa.

Diante disto, a pesquisa partiu para a análise dos crimes em específico, com ênfase nos delitos de homicídio e lesões corporais (onde se insere o art. 625), os quais podem se amoldar à disciplina do nosso diploma. Como resultado, foi encontrada na disposição do delito de homicídio do Código Espanhol, a existência de causa excludente de “premeditação”, ou de intenção de cometer o crime, equivalente aos hoje denominados crimes dolosos (com intenção do resultado). Esta redação pode ser atribuída como referência para a redação da causa de exclusão de ilicitude aqui em estudo, é o caso dos artigos 605, 606 e 607 do Código Espanhol:

Art. 605. Los que maten á otra persona voluntariamente, con premeditacion, y con intencion de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte. Es homicidio voluntario el cometido espontáneamente, á sabiendas, y. con intencion de matar á una persona, siendo indiferente en este caso que el homicida dé la muerte á otra persona distinta de aquella á quien se propuso hacer el daño.

Art. 606. La premeditacion ó el designio de cometer la accion, formado antes de cometerla, existe en el homicidio voluntario: Primero: aunque el previo designio de cometerlo se haya formado com alguna condicion ó con alguna diferencia en cuanto al modo de. Ejecutar el delito. Segundo: aunque se haya formado el designio con relacion á otra persona ó á persona indeterminada. Tercero: aunque antes del homicidio se haya formado designio, no precisamente de matar, sino de maltratar á una persona determinada ó indeterminada, siempre que al tiempo de ejecutar el delito se unan en el reo la espontaneidad y la intencion actual de dar la muerte.

Art. 607. En el homicidio voluntario se supondrá haber premeditacion siempre que el homicida mate á sangre fría y sin causa , ó com el fin de cometer ú ocultar otro delito, **ó sin ser movido por alguno de los estímulos siguientes:** Primero: por una provocacion, ofensa, agresion, violencia, ultraje, injuria ó deshonra grave que en el acto mismo del homicidio se haga al propio homicida , ó á otra persona que le interese ; en cuyo caso se comprende asi el que mate por esta provocacion , como el que por ella promueva en el acto una riña ó pelea de que resulte la muerte del ofensor. Segundo: por un peligro 'ó ultraje ó deshonra grave que fundadamente tema el homicida en el acto mismo del homicidio contra sí propio ó contra otra persona que le interese. Tercero: por el robo, incendio, invasion, escalamiento ó asalto de una propiedad que el homicida vea cometer en el acto mismo del homicidio. Cuarto: por el deseo de precaver ó impedir cualquier otro delito grave que en el acto mismo del homicidio se esté cometiendo ó se vaya á cometer contra la causa pública. Quinto: por el de sujetar en el propio acto del homicidio á un facineroso conocido, ó al que acabe de cometer un robo, un homicidio, ó cualquiera otro delito grave, y vaya huyendo, y no quiera detenerse. **Sexto: en los padres, amos y demas personas que tengan facultad legítima para castigar por sí á otros, se excluye tambien la premeditacion cuando se excedan en el castigo por un arrebatto del enojo que les causen** en aquel acto las faltas ó escesos graves que hayan cometido las personas castigadas.⁹¹

⁹¹ Tradução livre: “Art. 607. No homicídio voluntário se supõe haver premeditação sempre que o homicida mate a sangue frio ou sem causa, ou com o fim de cometer ou ocultar outro delito, ou sem ser movido por alguns dos estímulos seguintes: [...] Sexto: os pais, amos e demais pessoas que tenham a facultade legítima para castigar por si a outros, s exclui também a premeditação quando se excedam no castigo num arrebatte de fúria que tenham decorrentes de faltas ou excessos graves que tenham cometido as pessoas castigadas”.

Cualquiera que sea la provocacion, ofensa ó injuria que mueva al homicida, no sé eximirá este de la premeditacion en el caso de que sin riña ni pelea cometa el homicidio, no en el acto mismo de la provocacion, injuria á ofensa, sino algun tiempo despues, suficiente para obrar com reflexion (ESPANHA, 1820, p. 122-123)

O crime de homicídio doloso do diploma espanhol exige para a sua configuração de tipicidade a incidência da hipótese de “premeditação” (vontade). Esta causa está descrita no art. 605. O art. 607 elenca uma série de hipóteses em que fica excluída da incidência da “premeditação”. Sem esta hipótese de exclusão, o réu que cometer o homicídio poderia receber a punição máxima do código.

A exclusão da “premeditação”, entretanto, não deveria significar a ausência de punição pelo Código Espanhol. Neste caso o código dispunha de hipóteses de punição da conduta por homicídio culposo. Apesar das semelhanças, fica evidente que as disposições do diploma espanhol nesta parte eram muito mais detalhistas e restritivas, elencando diversas formas de punição a diferentes tipos de homicídio.

A redação do § 6º do art. 14 do diploma brasileiro é muito semelhante à redação do artigo 607, “estímulo sexto”, que elenca algumas causas de exclusão da premeditação. Mas, mais uma vez há diferenças importantes e algumas disposições complementares que não foram adotadas na redação do código brasileiro. Também não há nas disposições do Código Espanhol à hipótese dos escravos e do aprendiz, que foi utilizada pelo diploma brasileiro.

Outra referência que chama atenção é o artigo 608 do Código Espanhol também elenca outra hipótese que podemos entender como excludente de ilicitude da conduta, que diz respeito ao exercício do ato de castigar ou causar ferimentos, conforme as formulações do art. 610:

Art. 608. Tambien se supondrá siempre en el homicidio voluntario la intencion de matar, **excepto cuando el reo pruebe manifiestamente que no la tuvo, ó cuando por las circunstancias del suceso, por la clase y sitio de las heridas ó golpes, ó por la de los instrumentos con que fueron causados, resulte que aunque el homicida se propuso herir ó maltratar á aquella persona, no tuvo la intencion de darle la muerte.** La intencion de dar la muerte se supondrá siempre em el que espontáneamente y á sabiendas dispare contra otro arma de fuego ó de viento.

[...]

Art. 609. Cometido el homicidio voluntario con cualquiera de las siete circunstancias sobredichas que constituyen el asesinato, se su pondrá siempre la premeditacion, sin embargo de cualquiera escepcion que alegue el reo; y solamente se admitirá la de no haber habido intencion de dar la muerte, si asi fuere, con arreglo á lo prevenido acerca de la intencion en el artículo 608 (ESPANHA, 1822, p. 123, grifo nosso).

Após essa passagem, chega-se na disciplina do art. 625, apontado por Vivian Costa como influenciador da redação no art. 14, § 6º do diploma brasileiro. Na análise realizada, algo que precisa ser destacado é o fato de que, apesar de haver uma excludente de “premeditação”, esta não necessariamente isentava o autor do crime de ser punido pelo Código Espanhol. É

assim que interpretamos as disposições dos artigos 625 e 626, somente o art. 628 é que estabelecia uma isenção de punição:

Art. 625. Los padres ó abuelos que escediéndose em el derecho de corregir á sus hijos ó nietos cuando cometan alguna falta, maten á alguno de estos en el arrebató del enojo, serán considerados siempre, y castigados como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza. Cualquiera otro que escediéndose en igual derecho, quando legítimamente le competa, incurra en el propio delito con respecto á sus criados, discípulos ú otras personas que esten á su cargo y direccion, será castigado, segun el caso respectivo, con arreglo á las disposiciones generales de este capítulo.

Art. 626. El que mate á otro sin intencion de matarle, pero con la de maltratarle ó herirle, será reo de homicidio involuntario, y sufrirá la pena de ocho á catorce años de obras públicas, con des tierro perpetuo del lugar del delito, y veinte leguas en contorno. Si lo hiciere de este modo, pero con alguna de las siete circunstancias que constituyen el asesinato, se le impondrá la pena de catorce á veinte y cinco años de obras públicas, con infamia é igual destierro.

[...]

Art. 628. Si el homicidio involuntario fuese puramente casual, y de una manera irremediable por parte del autor, no tendrá este res ponsabilidad alguna (ESPANHA, 1822, p. 127-128, grifo nosso).

Também quanto ao diploma espanhol, valem as advertências levantadas sobre o Código de Livingston: apesar de haver semelhanças importantes na escrita dos dispositivos analisados, as diferenças globais do texto analisado em seu contexto maior, seja de disposição no código, seja de influência de outras disposições necessárias para a análise, demonstram que a redação do art. 14, § 6º, apesar de beber da fórmula da redação destes diplomas, buscou essencialmente adaptação na própria cultura jurídica subjacente e nas escolhas políticas encontradas no processo legislativo do código brasileiro.

O legislador brasileiro, portanto, se imiscuiu muito mais nas relações escravistas do que os modelos jurídicos aos quais se serviu para a redação do art. 14, § 6º⁹². A redação do dispositivo brasileiro possui uma amplitude de incerteza e ambiguidade sobre os significados os termos “castigo moderado” e “contrário às leis em vigor”, apesar de os legisladores terem a sua disposição modelos legislativos com importantes limitações expressas acerca do exercício do direito de castigar e do alcance da causa de justificação do crime.

Para ampliar o foco de análise, cabem aqui serem trazidos outros exemplos de codificações estrangeiras contemporâneos ao código, a fim de reafirmar ou refutar a conclusão.

⁹² No caso espanhol é preciso destacar a inexistência da escravidão da Espanha e a inexistência de regulação jurídico-criminal de assuntos relativos a escravidão no Código de 1822.

O Ensaio de Código Penal português de Pascoal de Mello Freire estabelece os critérios “das pessoas capazes de delinquir” no Título II, dos quais se destacam algumas semelhanças com certos dispositivos dos parágrafos do art. 14:

Só pode chamar-se delinquente o que cometeu o delito de sua própria, e livre vontade, e que soube, e conhece o mal que fez:

[...]

§. 9. Aquele que fizer uma ação lícita, e permitida pelas leis, posto que dela se siga damno, como foi sem intenção sua, e por fatalidade, não se pode dizer criminoso.

[...]

§. 13 força maior e ofensa moral irresistível;

[...]

§. 15. Os oficiais, que por ordem de seus superiores, ou em rasão do seu officio, são obrigados a prender os malfeitos, não cometem delito ferindo-os, ou matando-os, segunda a força, a resistência que fizeram, não se querendo eles sujeitar à prisão, e resistindo depois de se lhes dar a nossa parte (MELLO FREIRE, 1823, p. 22).

Há uma importante disposição sobre o poder doméstico dos pais de família e sua limitação na lei penal:

§. 17. A necessidade em que estão as mulheres, filhos, e criados, de obedecerem a seus maridos, pais, e amos, não justifica o delicto que obrarem por seu mandado, ou por falta de sustento necessário para a vida humana, porque nunca se presume; e muito menos por ira, amor, ou outra paixão semelhante (MELLO FREIRE, 1823, p. 23-24).

No geral, as disposições do projeto Melo Freire parecem estar em um caminho diverso das do Código Criminal de 1830 quanto a disciplina dos castigos domésticos. Naquele documento, diferente do brasileiro, não houve a necessidade de inserir no bojo do diploma este direito de correção.

O Código Penal do Império Austríaco de 1803 também não traz nenhuma remissão ao direito de correção paterno tal qual o brasileiro. Na sua disciplina das excludentes de ilicitude que constam do art. 2º do diploma, estabelece sete hipóteses de excludentes de ilicitude, como a legítima defesa, a “privação da razão”, intoxicação total do agente no momento do crime, quando for menor de 14 anos, quando cometer erro justificável ou por caso fortuito⁹³. Nas

⁹³ “Art. 2. Nulle action ou omission ne constitue un délit:

1º Quand l’auteur est totalement prive de as raison;

2º Quand le fait est commis pendant une aliénation d’esprit intermittente, durant le temps de l’aliénation;

3º Quand l’auteur est en état de pleine ivresse, a moins qu’il ne s’y soit mis dans l’intention directe de commettre le délit, ou s’il este en port à d’autres perturbations de sens, pendant lesquelles il n’est pas maître de sa propre action;

4º Quand l’auteur du fait n’a pas encore accompli sa 14 année;

5º Quand le fait est la conséquence d’une force insurmontable;

6º Quand le fait est le résultat d’une telle erreur, qu’elle ne laisse pas la possibilité de reconnaître un délit dans l’action;

7º Quand le dommage provient d’un cas fortuit, d’une négligence, ou de l’ignorance de la conséquence de l’action »

disposições do crime de homicídio constantes nos artigos 122, 123, 124, 125, 126 e 127 também não se encontra qualquer elemento que retire a culpabilidade do agente neste diploma.

Na análise do *Code Penal* francês de 1810 não se encontrou equivalente a disciplina da excludente de ilicitude dos castigos moderados no código brasileiro. O art. 65: “Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse”⁹⁴ (FRANÇA, 1810, p. 9).

No crime de homicídio a pena capital consistia em cortar a cabeça do condenado na guilhotina. O Art 303 assim disciplinava “Tout coupable d’assassinat, de parricide, d’infanticide et d’empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue, en Part. 13, relative au parricide”⁹⁵ (FRANÇA, 1810, p. 46).

O art. 309 do Código Penal francês também é um exemplo importante da limitação dos poderes correcionais: “Sera puni de la peine de la réclusion, tout individu qui aura fait des blessures ou porté des coups, s’il est resulte de ces actes de violence une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours” (FRANÇA, 1810, p. 47).

O mesmo pode ser dito do Código Penal do Reino das Duas Sicílias, que se inspira no diploma francês e se mostra igualmente limitador quanto a possibilidade de exculpação por ações provenientes da autoridade doméstica, como disciplina o art. 63: “Aucun crime ne pourra être excusé ni aucune peine mitigée si ce n’est dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le crime excusable, ou permet d’appliquer une peine moins rigoureuse” (FOUCHER, 1836, p. 28-29).

A análise dos diplomas penais estrangeiros a partir da comparação permite, primeiro, demonstrar que apesar da existência de códigos penais que garantiam certa margem a um direito de correção na esfera da autoridade doméstica especialmente conferida aos pais, havia limitações importantes ao exercício deste direito e pouca margem a estruturas de tipos penais abertos e ambíguos. Assim, a fórmula jurídica construída pelo parlamento brasileiro se adequou às contingências e a necessidades locais, especialmente no que se refere a própria escravidão. A menção expressa ao direito de castigar os escravos somente pode ser observada no diploma brasileiro, quando há referências a esse direito como ao caso espanhol e ao projeto Livingston

⁹⁴ Tradução livre: “Nenhum crime ou contravenção pode ser desculpado, nem atenuada a pena, salvo nos casos e nas circunstâncias em que a lei declare o fato desculpável, ou permita que lhe seja aplicada uma pena menos rigorosa”.

⁹⁵ Tradução livre: “Todos culpados de assassinato, parricídio, infanticídio e envenenamento, serão punidos com a morte, sem prejuízo da disposição particular contida na Parte. 13, relativa ao parricídio”.

ele está relacionado a correção do pai, do tutor e do mestre. Como já foi afirmado na pesquisa, a continuidade da escravidão foi um elemento de viabilização da unidade nacional em torno do Império. A defesa das prerrogativas senhoriais era um ponto que os legisladores não abririam mão, como não o fizeram ao inserir no rol de penas públicas os açoites em escravos e ao garantir a prerrogativa privada do direito de castigar dos senhores.

As escolhas políticas desses legisladores atendiam tanto ao objetivo de modernização da legislação por meio da codificação penal, o que realmente foi feito a se adotar um tom iluminista e liberal para o Código Criminal de 1830, mas sem deixar de perder de vistas que a escravidão, como um fato histórico que consideravam incontornável, demandava instrumentos jurídicos de controle público e privado dos escravizados, sem os quais a sua contenção seria prejudicada.

Assim, se a ênfase demasiada a uma “mentalidade escravista” de fato não pode ser sustentada, igualmente não é possível atribuir a existência do art. 14, § 6º apenas existências de outros exemplos em diplomas estrangeiros. A fórmula deste dispositivo, ao mesmo tempo em que buscou a manutenção jurídica das prerrogativas dos senhores escravistas, vislumbra modelos de tradução da cultura jurídica (FOLJANTY, 2016) da punição escravista privada por meio de uma nova lente iluminista. O resultado, como se viu, foi uma escolha por uma regulação que atacasse de forma mínima os direitos dos senhores de escravos e legislasse o menos possível sobre o tema tão delicado que era o da escravidão.

3.3 A doutrina dos penalistas sobre os castigos físicos e o art. 14, § 6º

Já foi dito que o exercício de compreensão do direito brasileiro do século XIX, ao lado de seu projeto legalista, não pode ser entendido sem o recurso a outras fontes jurídicas. No caso do direito civil ficou claro, ante a ausência de um modelo de código, que as influências jurídicas do modelo do *ius commune*, os costumes locais, as disposições aplicáveis das Ordenações Filipinas e especialmente a doutrina jurídica tinham um papel decisivo na produção e na compreensão daquele direito. No campo criminal, uma análise da produção doutrinária dos juristas do império mostra-se neste sentido igualmente relevante.

Uma importante lição sobre o uso da doutrina jurídica como fonte da história do direito foi dada por Mario Sbriccoli:

No sistema de fontes penais. Possui um lugar especial a obra dos juristas. Não somente em sentido técnico [...], mas em sentido qualitativo. Pois bem, nos livros dos juristas

falam os intelectuais, os homens do poder, os homens dos aparatos, e o fazem produzindo o discurso constitutivo da repressão penal. Tal discurso é, ao mesmo tempo, declarativo e esclarecedor, e, enquanto funda e explica as engrenagens e as razões de um sistema punitivo, também dá conta largamente dos contextos que lhe são correlatos. Porque o direito [...], tem na sua natureza uma extraordinário poder de absorção e uma altíssima capacidade de refração (SBRICCOLI, 2020, p. 38-39).

Mesmo compreendendo que Sbriccoli se refere aos juristas dos *ius commune* na referência acima citada, entendo que as observações são adequadas ao esforço de análise aqui proposto. O esforço aqui desenvolvido vai no sentido de compreender as falas e os conteúdos destes “homens do poder”, os discursos produzidos por esta importante classe profissional que se confundia com a própria imagem da burocracia estatal oitocentista. A produção jurídica dos bacharéis e a sua importância como fonte de produção e reprodução da cultura jurídica no Brasil será analisada a fim de demonstrar os sentidos históricos da cláusula de “justificação criminal” conferida aos senhores de escravos pelo Código Criminal de 1830.

Esses juristas que escreveram sobre o direito criminal do século XIX se destacavam por seu modelo enciclopédico. Eram juristas comentadores da legislação criminal e que não poderiam ser considerados propriamente como membros de uma cultura jurídica de penalistas formados, em sua maioria “eram penalistas de um livro só”, ecléticos em seu estilo, e que escreviam sobre outras áreas do direito (NUNES, 2019, p. 148; SONTAG, 2020, p. 386).

O material que constitui o objeto de análise, representa um conjunto de 12 obras jurídicas de direito criminal, publicadas entre os anos de 1831 e 1889, ou seja, um ano após a promulgação do código criminal e um ano após a abolição da escravidão. Uma vez que o tema em questão diz respeito específico a parte do art. 14, § 6º que trata sobre os castigos escravistas, o marco temporal de análise mostra relevância, considerando a produção jurídica publicada na vigência do escravismo. A questão principal na análise das obras é saber como que estes juristas interpretaram esta causa de justificação da pena e quais limites eles impunham para a sua leitura.

Bernardes Augusto Nascentes de Azambuja e José Maria de Sousa Pinto publicaram no ano de 1832 a obra “O código criminal explicado: Analyse jurídica philosophica da carta de 16 de dezembro de 1830”. Ao tratarem do art. 14, § 6º argumentaram a existência de tal causa de justificação da pena no poder paterno (*patria potestas*). Segundo eles este dispositivo teria a finalidade de respeitar a autoridade dos pais. “Não poderia o pai manter sobre a sua família a autoridade, a que tem direito, se se lhe negassem os meios necessários para elle a tornar effectivo” (AZAMBUJA; PINTO, 1832, p. 146).

Estes autores fazem a interpretação deste dispositivo, partindo ainda da teoria dos deveres recíprocos a qual foi objeto de estudo no capítulo primeiro, na análise dos manuais de

agricultura, permeados em muito pela tradição da teologia cristã:

Toda obrigação supõe um direito: se o pai está obrigado a cuidar da educação de seus filhos, e a velar na sua actual conservação, e a providenciar a sua futura felicidade, deve ter direito a lançar mão dos meios conducentes para esse fim; e quando o castigo seja um d'sses meios, tem ele o direito de empregallo. É verdade que o castigo é em si um mal: porém, este mal procede da desobediência dos filhos, e assim, como a desobediência dos filhos pode vir a redundar para o futuro em damno d'elles, o exercício da legitima autoridade paterna previne esse mal, pois que d'ella nasce a necessidade de fazer-se um mal para prevenir um outro mal maior (AZAMBUJA; PINTO, 1832, p. 146).

Como todo direito precisa ser regulado, na opinião destes autores, o poder paterno também deve seguir alguns limites para impedir que “pais indignos” se excedam no ato de correção:

Porem, como todos os direitos, ainda os mais sagrados, são susceptíveis de abuso: como nem todos os pais são dignos de um titulo tão caro, tão nobre, e muitos deles, além de demasiado severos, se tornão surdos á voz da Natureza a ponto de chegarem a tratar seus filhos com rancor e crueldade; deve o exercício da autoridade paterna conter-se dentro de certas restrições. O Legislador estabelece essas restrições no presente § [§ 6º do art. 14 do CCrim]. Exigindo que o castigo, que os pais derem a seus filhos, *seja não só moderado, como também aprovado pelas leis* (AZAMBUJA; PINTO, 1832, p. 147).

É em meio a esta leitura que estes autores inserem a disciplina dos castigos escravistas, “guardando-se a relação devida á espécie de autoridade por eles exercida” (AZAMBUJA; PINTO, 1832, p. 147), esses “princípios” devem ser aplicados aos senhores sobre seus escravos.

Portanto, para estes autores, a autoridade paterna também é o fundamento do direito de castigar dos senhores. Os senhores, portanto, teriam a obrigação de cuidar e zelar pelo bem-estar dos seus escravos e estes teriam o dever de respeitar, sob pena de receberem o castigo para evitar danos futuros, ou seja, o castigo é “a necessidade de fazer-se um mal para prevenir um outro mal maior”.

Ao tratar das limitações do direito de castigar estes juristas citam apenas o próprio texto do § 6º, qual seja, “*seja não só moderado [o castigo], como também aprovado pelas leis*”. Não há maior aprofundamento sobre o significado do termo “moderado” e mesmo a alusão ou referência ao que entendem por “pelas leis”.

A questão que se coloca neste primeiro momento para a melhor compreensão da produção jurídica da época é entender onde eles buscavam compreender estes conceitos e o que entendiam como “leis”. Estariam eles aqui se referindo ao próprio Código Criminal como lei de referência ou a remissão às “leis” pode ser entendida de outra forma? Sigo a análise para melhor compreender.

O jurista Manoel Mendes da Cunha Azevedo também insere a doutrina do art. 14, § 6º no âmbito do amor paterno. No seu “O Código Penal do Império do Brasil” publicado no ano

de 1851. Para ele não era tarefa fácil a distinção do que seriam castigos moderados uma vez que estavam inseridas as circunstâncias no seio da família, havendo óbvias dificuldades de prova-lo:

Ao amor paterno, imprudência dos mestres se deve abandonar o cuidado de não exceder o castigo moderado, e nunca fazer materia de lei; porque o abuso nestes casos sempre raríssimo he de menos consequências, do que o exame preciso para distinguir o que he do que não he castigo moderado, para o que devem influir circunstancias, que tendo logar no seio de huma familia, he muitas vezes contra o mesmo decoro, o interesse dellas que se publiquem. Além disto he obvia a difficuldade de proval-as, e ainda mais facil a desordem, que pôde apparecer entre os seus membros, salvo o caso de se provar, que o pae, ou que o mestre não por espirito de correcção; mas de injuriar tivessem excessivamente castigado seus filhos, ou discípulos, como bem pensarão os Icts Romanos. *Causa, ut in verberibus, quae impunita sunt à Magistro allata, vel parente quoniam emendationis, non injuriae gratia videntur adhiberi puniuntur crim quis per iram ab extraneo pulsatus est. Cod. de poenis. L. 16, § 2*” (AZEVEDO, 1851, p. 184-185).

Ao abordar o critério da moderação, Azevedo tece críticas aos ditos “senhores tirânicos” que, segundo ele, excedem nos castigos e que punem as mais pequenas faltas com castigos cruéis. “Muitos [escravos] perecem nos açoutes, e são enterrados no campo, e outros ficam em estado de não poderem sobreviver a este genero de atrocidade, que por menor que seja, exclue toda idéa de moderação, e de humanidade” (AZEVEDO, 1851, p. 188).

Moderação e humanidade, eram princípios que deveriam guiar o exercício dos castigos domésticos dos senhores, no cumprimento da lei.

Quanto aos escravos he difficil de bem avaliar a sorte desses infelizes debaixo do jugo tyrannico de alguns senhores, que parece que só porque lhes he vedado o excesso do castigo, com que punem as mais ligeiras faltas, ainda são mais cruelmente castigados. Se as leis só permitem bum castigo moderado, os tigres, debaixo de cujo domínio elles vivem, os submettem não a castigo (porque tal nome não merece huma violência) porém aos tratamentos mais rudes, e atrozes, que pôde erigir em castigo e phantasia de hum scelerato (AZEVEDO, 1851, p. 187)

Azevedo (1851, p. 188) apresenta sua impressão sobre o alcance da punição pública aos senhores que excedem nos castigos: “Os Magistrados do paiz não ignorão factos desta natureza; mas o interesse da indiferença he reciproco”. Esta indiferença recíproca dos magistrados e senhores para com os castigos excessivos revela as dificuldades de uma denúncia deste tipo chegar aos bancos judiciários e, principalmente, lograr êxito na condenação do senhor:

E se alguma alma piedosa leva aos tribunaes queixa, ou denúncias de semelhantes barbaridades, a improcedência do Summario he o unico effeito real do julgamento, do que temos exemplos na Cidade do Recife de Pernambuco. Na opinião de muitos a denuncia em taes casos he huma ameaça, se não hum ultrage ao poder dominical; porque o dominio, segundo elles, he hum innocente rival da humanidade, e do character imperativo das leis (AZEVEDO, 1851, p. 188-189)

Em outra passagem, as referências ao caráter religioso da punição e a vinculação da doutrina paterna no âmbito do amor divino demonstram o quão delicado poderiam parecer os

limites entre castigo privado e pecado, mas sobretudo, os limites entre a interferência de um poder público no âmbito do domínio paterno, na jurisdição do *pater familias*. Já que este assunto, tendo “logar no seio de huma familia, he muitas vezes contra o mesmo decoro, o interesse dellas que se publiquem” como revelado acima pelo autor.

Mas é preciso também salientar o tom de crítica e de denúncia que este autor dirige àqueles pais que não mereciam ter este nome, para ele “Deos perdoa toda sorte de peccados ao peccador arrependido; mas Deos não perdoa aquelles, que flagellão ao seu semelhante sob o falso titulo de senhor” (AZEVEDO, 1851, p. 189).

Por último, este autor exortando os conselhos bíblicos, reforça aos escravos e aos senhores, para que cada um, no seu devido lugar, agindo no seu dever, cumpra com suas obrigações cristãs:

Escravos, obedecei a vossos senhores com todo respeito, e sinceridade de vosso coração, não como para agradar aos homens; mas a Deos; porque tal he a sua vontade... E vós, senhores, tratai da mesma sorte os vossos escravos, lembrando-vos, de que tendes no Céu hum Senhor, que he o vosso, e o delles, e que perante Elle não ha differença de pessoas. S.Paulo aos de Epheso, Cap. G, v. 5, G, 7, c .8. Quem tem escravos, e não segue os conselhos, que estas palavras encerrão, não he Christão. E quem os macera com a fome, e os martyrisa com açoutes, he hum pagão como aquelles, que levantavão cruces, e accendiao fogueiras contra os Christãos primitivos (AZEVEDO, 1851, p. 190, grifo do autor).

Na obra de Manoel Mendes da Cunha Azevedo ainda é possível encontrar os argumentos religiosos que permeavam as relações entre senhores e escravos. A obediência mútua entre esses dois sujeitos deveria vir antes para o atendimento da vontade divina, de reconhecimento da humanidade do escravo. E o verdadeiro Senhor é o que está nos céus. Assim, o verdadeiro senhor, para Azevedo, é aquele que cumpre com os deveres de um bom cristão.

Braz Florentino Henrique de Souza no seu “Código Criminal do Império do Brasil anotado com as leis, decretos, avisos e portarias” publicado em 1858 no Recife, não dispende muito tempo para tratar do tema. Ele o faz apenas uma remissão simples em nota de rodapé, sem mais comentários, referindo-se ao teor do Aviso de 11 de novembro de 1835: “Devem os senhores abster-se de castigos excessivos, e limitar-se para a correcção de seus escravos aos meios que aconselham a justiça e a humanidade, e aos que permite o Codigo n'este paragrapho. Av. de 11 de Novembro de 1835” (SOUZA, 1858, p. 17).

É de Braz Florentino H. de Souza a primeira referência que encontrei na doutrina consultada ao Aviso de 11 de Novembro de 1835. Este aviso, emitido ainda no período regencial do império, denota que a questão dos castigos privados - mas, sobretudo, o problema dos excessos cometidos pelos senhores na execução dos castigos - era um tema espinhoso que a redação do código criminal parece não ter deixado suficientemente clara e que merecia um

detalhamento por parte do direito brasileiro.

Os avisos eram instrumentos normativos de governo, dos ministérios, que tinham como objetivo regular a atuação do Estado Imperial e visavam a interpretação das leis e a atuação dos poderes no Império, com uma influência especial também sobre a atuação do Poder Judiciário, sendo, portanto, um instrumento importante para a administração do Estado, como para a expansão do seu poder naquele contexto (COELHO, 2016, p. 19 e ss)⁹⁶.

Josino do Nascimento Silva publicou o “Codigo Criminal do Imperio do Brasil: Augmentado com as leis, decretos, avisos e portarias que desde a sua publicação até hoje se teme expedido, explicando, revogando ou alterando algumas de suas disposições” no Rio de Janeiro em 1862. Este autor não fez propriamente nenhum comentário sobre o conteúdo jurídico do art. 14, § 6º do Código Criminal. Ele também se reservou a fazer referência a outro aviso, este agora do ano de 1854:

A apreciação da defesa e justificação dos crimes é da exclusiva competencia do jury como juiz de facto — não podendo a jurisdicção dos juizes formadores da culpa, e dos juizes e tribunaes de recurso ir além do objecto que o art. 144 do Cod. do Proc. determinou, isto é, a existência do crime e quem seja o delinqüente, — sendo que ao contrario, sem discussão plenária e regular, não preenchidos os termos que a lei estabeleceu para o amplo conhecimento da verdade, muitos crimes ficarião impunes e abafados pelo patronato, e serião com prejuízo da instituição do jury retirados de sua competência e jurisdicção. — Av. de 16 de Fevereiro de 1854 (SILVA, 1862, p. 17)

A referência ao Aviso de 16 de fevereiro de 1854 apesar de parecer sem relevância, na verdade demonstra a possibilidade de existência de tensões acerca de como estes casos seriam processados pela justiça do império. O aviso ressalta que a competência para a análise dos juízos sobre o fato criminoso ficaria resguardada a apreciação do júri, como garantia do exercício da justiça cidadão instituída pelo Código de Processo Criminal de 1832 (NUNES, 2019).

Mas a segunda parte do aviso é que deixa ainda questões que necessitariam de maiores investigações e que possivelmente não se resolveriam nesta pesquisa, já que não se está fazendo análise de fontes judiciárias. De acordo com a segunda parte do aviso, “muitos crimes ficarião impunes e abafados pelo patronato, e serião com prejuízo da instituição do jury retirados de sua competência e jurisdicção”. Estaria aqui o aviso contestando as decisões dos juízes de direito e as possibilidades de interferência política⁹⁷ e local nestes casos ou mesmo somente pretendia

⁹⁶ A tese de COELHO (2016) é um importante estudo que buscou problematizar o problema do alcance dos Avisos do Ministério da Justiça no Brasil como um instrumento de expansão do poder administrativo para outros poderes como o próprio judiciário. Aqui importa colocá-lo como um instrumento utilizado na interpretação das leis do parlamento, especialmente o Código Criminal e as matérias a ele relacionadas quanto a punição escravista.

⁹⁷ Desde a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 até o ano de 1841 os juízes de paz tinham a competência para a investigação criminal, responsáveis pela formação da culpa, pela instrução preliminar e todas

que se garantisse a primazia da jurisdição do jury?

Perguntas que podem abrir caminhos para novas pesquisas, ainda mais se considerarmos a possibilidade de baixo índice de condenações nas decisões do júri, como ocorriam em outros casos, como nos processados pelo cometimento do crime de redução de pessoa livre à escravidão, descrito no art. 179 do Código Criminal de 1830, que em não poucos casos terminavam com a absolvição dos réus pelo júri, instituição esta que refletia a elite social brasileira oitocentista (GRINBERG, 2016; MAMIGONIAN; GRINBERG, 2017).

Thomaz Alvez Junior na sua obra “Anotações theoreticas e praticas ao Codigo Criminal” de 1864 defendeu que a doutrina do § 6º possui inspiração na teoria do poder doméstico de Jeremy Bentham. “Não se póde, pois, duvidar do direito que existe no pai, no senhor e no mestre de castigar o filho, o escravo e o discípulo” (ALVEZ JUNIOR, 1864, p. 285).

Este autor se questiona sobre o alcance desta doutrina: “Quaes os limites traçados pelo Codigo ao direito de castigar segundo o § 6º? *Que seja moderado, e que em qualidade não seja contrario ás leis em vigor*” (ALVEZ JUNIOR, 1864, p. 285). A resposta dada é emprestada do próprio texto do Código Criminal: moderação e conformidade com as leis em vigor. O maior desafio colocado ainda naquele momento era compreender o significado do que deveria ser considerado o termo “castigos moderados” e ao mesmo tempo o sentido do termo “leis em vigor”.

Quanto ao sentido do termo moderação, o autor informa a sua vagueza; quanto ao termo leis em vigor, diz ele ser clara a acepção:

Emquanto á primeira condição, a achamos vaga e admittindo contestação, porque não se define o que seja castigo moderado; emquanto á segunda, é clara e positiva. Assim, se pelo regulamento da instrucção publica são prohibidos castigos corporaes, o mestre que os inflingir com toda a moderação não póde justificar-se. Porque o castigo, embora moderado, leve uma qualilade que a lei prohibia (ALVEZ JUNIOR, 1864, p. 285).

Pelas posições de Alvez Junior seria possível deduzir que os limites impostos para a caracterização da moderação estariam dispostos nas próprias leis existentes no Império, a saber: as diversas disposições constantes nas Posturas Municipais ou mesmo nos limites impostos pelo Código Criminal de 1830 que, por exemplo, no caso do art. 60, impunha o limite de aplicação de 50 açoites? A questão não era tão simples e as respostas não costumavam ser muito claras.

Trazendo aqui a discussão para o âmbito da retórica reformista do direito penal, Thomas

as providências anteriores à acusação. Com a lei 261 de 3 de dezembro de 1841 estas competências foram transferidas ao Delegado de Polícia que passou a ser o responsável, dentre outras coisas, pela investigação do crime.

Alvez Junior atenta que nesta doutrina, além da moderação, o respeito à humanidade do castigado deve também ser um aspecto de relevância: “Na verdade o § 6º admite um direito e ao mesmo tempo concilia esse direito com os princípios de humanidade” (ALVEZ JUNIOR, 1864, p. 285-286).

Thomas Alvez Junior chama a atenção para a necessidade de leitura do art. 14, § 6º com as disposições do Aviso de 11 de novembro de 1835. Escrevendo suas “anotações theoricas” cerca de três décadas depois da promulgação do código, este autor confere ao diploma e mesmo ao próprio aviso, a autoridade como meios de interpretação, afinal, o aviso foi publicado 5 anos após o código:

Não obstante este artigo e paragrapho, temos o Aviso de 11 de Novembro de 1835, que manda que os senhores se abstenhão de castigos excessivos, e limitem-se para a correção de seus escravos aos meios aconselhados pela justiça e pela humanidade, e aos que permite o Codigo neste § 6.º

[...]

A doutrina do Aviso de 11 de Novembro de 1835 não póde ser suspeita, porque elle baixou em uma época em que ainda predominavão os motivos que dictarão a lei excepcional de 10 de Junho de 1835.” (ALVEZ JUNIOR, 1864, p. 286).

Justiça e humanidade são outros dois requisitos que derivam do Aviso de 11 de novembro de 1835 e que, juntamente com as disposições abertas e ambíguas do Código Criminal se uniam para estabelecer um léxico de restrições de difícil definição jurídica, aberta sempre aos casuísmos e às posições diversas do sujeito que irá interpretar cada caso concreto.

É de Agostinho Marques Perdigão Malheiro a mais elaborada posição sobre a legitimidade dos castigos escravistas no império. Na primeira parte de seu livro “A escravidão no Brasil: Ensaio jurídico-historico-social”, publicado em 1866, ele defende o “direito de castigar” dos senhores a partir de uma justificativa jurídica cujas bases deveriam ser remontadas à tradição romana do direito de vida e morte (*jus vitae et necis*) dos senhores sobre seus escravos, decorrente do *jus potestatis* (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 4-5).

A remissão ao direito romano serviu a este jurista como uma forma de justificar tal prerrogativa jurídica de aplicação de castigos físicos nos escravos como um subterfúgio para amenizar a permanência deste mesmo direito numa época em que se evocavam as luzes e a civilização:

Nossas leis antigas e Modernas tem formalmente negado, e negão aos senhores o direito de vida e morte sobre os escravo; e apenas lhes dão a faculdade de os *castigar moderadamente*, como os pais aos filhos, e os mestres aos discipulos. Se o castigo não é moderado, ha excesso que a lei pune, como se o offendido não fôra escravo; e com justa razão (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 8).

Os castigos deveriam ser moderados, conforme as leis atuais e as leis antigas assim já o

prescreviam. Entretanto, a definição dos limites da moderação não estava inscrita no teor dessas leis modernas. Perdigão Malheiro (1866, p. 7, grifo no original), tratando da questão relativa à conformidade dos castigos conforme a lei, apresenta exemplos interessantes da forma como poderiam ser compreendidas as ilegalidades; o faz na nota 21: “E' preciso que, além de moderado, não seja o castigo *contrario ás leis em vigor* [cit. art. 14 § 6], como queimar o escravo, ferir-o com punhal, precipitai-o no mar, offendeI-o emfim por modos semelhantes”.

Por fim, o autor cita a possibilidade de utilização da figura do “termo de segurança”, instrumento jurídico disponível na legislação do império, no Código de Processo Criminal nos artigos 124 e 125⁹⁸, assegurando a uma pessoa que se encontra em perigo de ser vitimada de um crime a segurança de que os fatos alegados não venham a acontecer.

Perdigão Malheiro destaca também a incumbência conferida às Câmaras Municipais de fiscalização dos maus tratos contra os escravos, denunciando os fatos suspeito ao Conselho Geral da Província.

Outro jurista que dá pouca atenção a doutrina do § 6º do art. 14 do Código Criminal do Império é Araujo Filgueiras Junior no seu “Codigo criminal do imperio do Brazil, annotado com os actos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciario”, publicado em 1876. Este autor faz apenas referência ao Aviso de 16 de fevereiro de 1854, acrescentando a referência da lei 2033 de 20 de Setembro de 1871 (FILGUEIRAS JUNIOR, 1876, p. 17).

O jurista Vicente Alves de Paula Pessoa, na sua obra “Codigo criminal do Imperio do Brazil annotado com leis, decretos jurisprudência”, publicado em 1877, também não faz nenhum comentário direto sobre a doutrina jurídica do § 6º do art. 14, como nos outros casos já apontados, o mesmo fez referências a decisões e jurisprudências que envolviam as questões, na sua obra aparece novamente a remissão ao Aviso de 25 de Novembro de 1854. Um julgado da Relação do Maranhão citado por Pessoa merece destaque:

A Relação do Maranhão em Acordão de 5 de Janeiro de 1875, decido: que o senhor, quando castigando o seu escravo, produz nelle ferimentos comprehendidos no Art. 201 do Codigo Criminal, póde ser querellado pela Promotoria Publica, e para este fim deve ser o escravo considerado miseravel, na hypothese do Art. 7.º do Codigo do Processo Criminal . Aviso n. 283, de 8 de Junho de 1873 (PESSOA, 1877, p. 51).

Este precedente do Maranhão já se insere dentro de um movimento mais amplo de pressão do sistema escravista efetuado por meio do sistema criminal, com agentes (juízes,

⁹⁸ “Art. 124. Se o Juiz perante quem fôr levado O suspeito entender que ha fundamento razoavel (depois de ouvi-lo, e ao conductor) para acreditar-se que elle tenta um crime, ou é cumplice, ou socio em algum, o sujeitará a termo de segurança, até justificar-se.

Art. 125. O mesmo póde fazer o Juiz toda a vez que alguma pessoa tenha justa razão de temer que outra tenta um crime contra ella, ou seus bens (BRASIL, 1832)”

delegados, advogados, políticos) contestando a prática dos castigos escravistas ante a uma alegada ilegalidade com a legislação imperial, com um forte discurso abolicionista de cunho penal reforçando o próprio caráter liberal do código de 1830. Ao menos neste contexto dos finais da escravidão é possível vislumbrar argumentos jurídicos que delimitam os limites dos castigos escravistas a partir de uma visão liberal do direito, passando a procurar no ordenamento jurídico positivo do Império as bases para limitar as práticas correcionais dos senhores. Mas este aspecto será objeto do item 3.5 da pesquisa.

Manoel Dias de Toledo publica a obra “Lições academicas sobre artigos do código criminal: conforme foram explicadas na Faculdade de Direito de São Paulo” no Rio de Janeiro em 1878. Este autor também compreende a doutrina dos castigos domésticos imersa no exercício do poder doméstico, fazendo remissão direta à filosofia de Jeremy Bentham sobre a legitimidade do poder político e doméstico, assim como a própria noção de utilidade da pena, entendida como um mal necessário. Segundo Toledo (1878, p. 237) a disciplina do § 6º implica na “analyse dos três últimos meios de justificação apresentados por Bentham”.

O “Codigo criminal do imperio do Brazil anotado” de Antonio Luiz Ferreira Tinoco, publicado em 1886 é outra obra que não tece comentários ao dispositivo aqui estudado. Assim como fez Paula Pessoa, Tinoco se reserva a fazer citação de uma jurisprudência

Ferimentos leves feitos pelo senhor em seu escravo, em acto de castigo, constituem o crime do art. 201 do Cod. Crim. e dá lugar á denuncia do Promotor Publico. Rel. do Maranhão. Ac. de 5 de Janeiro de 1875. Recorrente — Raymundo José Lamagner Vianna, e Recorrida — a Justiça. Gazeta Jurídica, vol. 7. (Apud TINOCO, 1886, p. 40).

A jurisprudência citada por Tônico também está imersa no centro das discussões que passaram a contestar as formas diferenciadas de tratamento penal aos escravos, que culminaram tanto na abolição da pena de açoites em 1886, quanto em uma mudança importante da postura dos tribunais e da própria opinião pública sobre os castigos escravistas e os açoitamentos públicos de escravos.

João Vieira de Araújo, famoso criminalista entusiasta da Escola Positivista Italiana no Brasil também se propôs a comentar o Código Criminal do Império, o que fez na obra “Codigo Criminal Brasileiro: commentario filosofico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada”, publicado em Recife no ano de 1889.

Escrevendo no ano posterior a abolição, para Araújo, “as palavras do § 6.º — os senhores a seus escravos — já não têm mais razão de ser, desde a data da aurea lei n. 3.353 de 13 de maio de 1888, que declarou extinta a escravidão no Brazil” (ARAÚJO, 1889, p. 271). Por

este motivo, este autor deixa de fazer comentários sobre a parte final do dispositivo, centrando seus comentários às hipóteses de castigos do pai em relação ao filho e do mestre em relação ao discípulo.

João Vieira de Araújo (1889, p. 298) repete o texto do código ao afirmar que há dois requisitos para a hipótese, “isto é, que o mal consista em castigo moderado ou d'elle somente resulte, ou a qualidade d'elle não seja contraria ás leis em vigor”. O problema maior é saber de fato como identificar tais condições, ou seja, como que na prática a moderação e a conformidade da lei se mostrariam, em sua opinião:

È um assumpto melindroso e que só em cada caso concreto poderá ser melhor apreciado.

Ao pai que abusa do patrio poder, a lei civil pode privar-o d'elle a respeito dos filhos dos quaes faz suas victimas; mas sem se tratar de caso grave o procedimento criminal desmoralisaria a autoridade paterna, perturbando as relações domesticas (ARAÚJO, 1889, p. 298).

A preocupação maior deste “assumpto melindroso”, portanto, estaria em não perturbar as relações domésticas. Uma acusação deste nível e mesmo um processo com este objetivo teria o potencial, segundo Araújo, de desmoralizar a autoridade paterna. Aqui reside a grande e explícita dificuldade do tratamento da doutrina sobre este assunto.

Por fim, cabe indicar as obras que optaram por ignorar a doutrina dos castigos escravistas, deixando ausentes as referências ao art. 14, § 6º do Código Criminal. Três das 12 obras consultadas não fizeram qualquer menção ou referências ao art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830. Foram elas a obra “Analyse do codigo criminal do Império do Brasil” de José Anastácio Falcão, publicada em 1831, e o “Código criminal do Imperio do Brasil” de Carlos Antonio Cordeiro, publicada em 1861. O “Manual do codigo penal brasileiro” de Carlos Perdigão publicado em 1882 também não faz qualquer referência ou discussão sobre este aspecto.

A análise das obras dos juristas demonstrou que o tema dos castigos escravistas possuía uma legitimação jurídica e que a sua continuidade se dava em consequência da própria manutenção da escravidão. A autoridade paterna era o ponto fundamental de onde decorreriam os direitos e deveres desta relação, onde os escravos estavam inseridos. Como sujeitos ao *patria potestas* caberia aos escravos o dever de obediência a seu senhor, em caso de infração desta obrigação, a aplicação do mal para prevenir mal maior era considerada legítima.

3.4 Jeremy Bentham e o poder doméstico

Jeremy Bentham foi uma importante referência para os parlamentares brasileiros no momento da tramitação do projeto do Código Criminal. Seu nome foi citado inúmeras vezes nas atas parlamentares, figurando ao lado de Livingston como os dois juristas mais referenciados no processo legislativo (COSTA, 2013; BATISTA, 2016, p. 45; NUNES, 2018).

Além da citação dos parlamentares da década de 30 do oitocentos, em três outras oportunidades o nome de Bentham foi citado neste momento da pesquisa. Cabe aqui destacar um aspecto específico do pensamento Benthamiano que é o destaque ao poder doméstico dado por este autor. Dos juristas analisados, Thomas Alvez Junior (1864, p. 284), Manoel Toledo Dias (1878, p. 237) e João Vieira de Araújo (1889, p. 286) destacam a influência de Bentham na doutrina dos crimes justificáveis do código, especialmente ao poder doméstico.

Segundo Thomas Alvez Junior (1864, p. 284) “A doutrina deste paragrapho é a sexta justificativa de que falava Bentham, e que por elle é denominada - *poder domestico*”. Logo em seguida o autor faz uma citação de Bentham sobre a definição teórica do poder doméstico:

O exercicio do poder legitimo arrastra á necessidade de fazer mal para reprimir o mal. O poder legitimo pôde dividir-se em politico ou domestico. O magistrado, ou o pai, ou aquelle que o representa, não podião fazer respeitar a sua autoridade, um no Estado, outro na familia, se não estivessem armados de meios coercitivos contra a desobediencia. O mal que elles inflingem tem o nome de pena ou castigo. Por estas vias de facto só procurão obter o bem da grande como da pequena sociedade, e não é preciso dizer que o exercicio de sua autoridade legitima, é um meio completo de justificação, pois que ninguem quereria ser magistrado nem pai se não tivesse toda a segurança no emprego de seu poder (BENTHAM, *Apud* ALVEZ JUNIOR, 1864, p. 284)

Jurandir Malerba (1992, p. 42), ao tratar da doutrina do artigo 14 utiliza-se da mesma passagem de Bentham, o que o faz atribuindo a autoria de tal excerto a Thomaz Alvez Junior. Trata-se de um equívoco na análise de Malerba, uma vez que o jurista oitocentista não deixa dúvidas quanto a influência de Bentham e quanto ao fato de esta parte se tratar de uma citação do autor inglês.

Alvez Junior não era voz solitária, o jurista Manoel Toledo da Cunha, ao tratar da disciplina do art. 14, § 6º do Código Criminal, cita a mesma passagem de Bentham referida por Alvez Júnior. Tal citação foi retirada da obra *Traité de législation civile et pénale: extraits des manuscrits de Jeremy Bentham, Tomo 2* (BENTHAM, 1840, p. 109⁹⁹) versão francesa de fácil

⁹⁹ Na versão da obra francesa de onde se retirou a citação: “5 et 6. *Puissance politique et domestique*. L’exercice de la puissance legitime entraine la necessite de faire du mal pour réprimer le mal. La puissance legitime peut se diviser em *politique et em domestique*. Le magistrat et le père, ou celui qui em tient lieu, ne pourraient maintenir

circulação entre os juristas e políticos do império.

Segundo João Vieira de Araújo (1889, p. 285) “Bentham servio [sic] de fonte ao nosso legislador em todas as disposições do art. 14”. Também este autor recorre à mesma passagem do Tratado de legislação civil e penal do jurista inglês para fundamentar a doutrina do art. 14 do Código Criminal.

Neste sentido, os juristas oitocentistas buscaram em Bentham a inspiração para uma nova leitura iluminista do “direito de castigar”, porque na sua teoria “a família seria o lugar onde as funções legislativas e judicante se confundiriam na figura do pai” (SONTAG, 2008, p. 74). A autoridade paterna seria o instrumento do governo doméstico, sendo o governo político o resultado da felicidade dos particulares:

L'unique objet du Gouvernement doit être le plus grand bonheur possible de la Communauté. Le bonheur d'un individu est d'autant plus grand, que ses souffrances sont plus légères et en plus petit nombre, et que ses jouissances sont plus grandes et en plus grand nombre. Le soin de ses jouissances doit être laissé presque entièrement à l'individu. La principale fonction du Gouvernement est de protéger; l'homme contre les peines (BENTHAM, 1802, p. 4)¹⁰⁰.

Este aspecto do poder doméstico é também enfrentando por Bentham na obra Teoria das penas legais, quando este fala a autoridade doméstica. Porém, aqui podemos vislumbrar um tom crítico do inglês sobre o alcance deste direito e a imposição de limites:

A autoridade doméstica, a dos pais, que noutra tempo era tão larga, pouco a pouco se foi estreitando até chegar ao estado em que a vemos, de estar reduzida a simples penas chamadas correcionais. Nos países, em que ainda se demora a escravidão, o maior mal do Estado consiste neste direito de castigar, que os Senhores não querem largar: direito, que é tão dificultoso por não dizer impossível, encerrar nos seus justos limites (BENTHAM, 1842, p. 21).

O direito de castigar regulado pela causa de justificação do artigo 14, § 6º do Código Criminal de 1830 estaria resguardado, segundo assinalam os juristas acima citados, pelas prerrogativas do poder doméstico defendidas por Jeremy Bentham.

Entretanto, é preciso ressaltar que é o próprio Bentham quem assinala um aspecto negativo deste direito de castigar dos senhores, “direito, que é tão dificultoso por não dizer impossível, encerrar nos seus justos limites” e que os senhores “não querem largar”. É possível,

leur autorité, l'un dans l'État, l'autre dans la famille, s'ils n'étaient armés de moyens coercitifs contre la désobéissance. Le mal qu'ils infligent porte le nom de peine ou de châtiment. Ils ne se proposent par ces voies de fait que bien de la grande ou de l'appétite sociale qu'ils gouvernent, et il n'est pas besoin de dire que l'exercice de leur autorité légitime est un moyen complet de justification, puisque personne ne voudrait plus être magistrat ni père s'il n'y avait pas sûreté pour lui dans l'emploi de sa puissance” (BENTHAM, 1840, p. 109).

¹⁰⁰ Tradução livre: “O único objetivo do Governo deve ser a maior felicidade possível da Comunidade. A felicidade de um indivíduo é tanto maior quanto seus sofrimentos são mais leves e em menor número, e seus prazeres são maiores e em maior número. O cuidado com seus prazeres deve ser deixado quase inteiramente para o indivíduo. A principal função do governo é proteger; homem contra penalidades”

assim, traçar algumas implicações da teoria das penas de Bentham com a doutrina dos castigos domésticos: segundo este autor, a principal função do governo político é a defesa dos homens contra penalidades. Estando este direito de castigar inserido numa esfera tão específica quanto a esfera privada, a imposição de limites sofreria certa dificuldade.

Sobre a relevância do pensamento de Bentham nos juristas do império, Ilmar Rohloff de Mattos (1987, p. 146-148) destaca que “eles aprendiam que o objetivo das leis era restringir, não liberar” e que esta lei, entendida pelo teórico inglês como uma infração da liberdade “conduzia a um aumento da liberdade, visto que esta [a lei] não é incompatível com a autoridade, antes com ela, se confunde”.

A filosofia de Jeremy Bentham dizia muito aos juristas do império. Traduzida e apropriada por estes, possibilitou a operação de uma atualização de velhas práticas em trajes novos. Os castigos escravistas que até o século XVIII ainda eram vistos como uma decorrência de deveres cristão recíprocos entre senhores e escravos, no século XIX passaram a ser lido pelas lentes do iluminismo utilitarista proposto por Bentham.

3.5 Castigos escravistas para ventres livres: liberdades precárias

Num contexto de intensa articulação de diversas ações abolicionistas que passaram a contestar de forma mais enfática a permanência da escravidão no Brasil, conciliado com a pressão internacional da Grã-Bretanha e o cenário global do esfacelamento do escravismo no mundo o governo imperial se obrigou a pautar a proposta para a “reforma do elemento servil”.

A saída aqui seria a da abolição gradual da escravidão. A opção inicial foi pela libertação do ventre escravo a partir da aprovação da lei e a adoção de um sistema público de indenizações aliado a um “modelo de aprendizagem”, capaz de preparar os novos libertos para o trabalho livre e conciliar a compensação dos prejuízos aos senhores que perderiam em breve a sua propriedade.

A este respeito, é revelador notar a preocupação dos parlamentares com a “propaganda de ideias exageradas” que representavam os movimentos abolicionistas. Do relatório final da comissão especial da Câmara dos Deputados de 24 de maio de 1871, que analisou o projeto da lei sobre o “elemento servil”, se destaca: “É por isso que esta augusta Câmara julgou urgente iniciar uma direção previdente, de modo que, respeitada a propriedade atual, e sem abalo da

nossa primeira indústria – agricultura, sejam atendidos os altos interesses que se ligam a este assunto” (SENADO, 2012, p. 352).

O processo parlamentar da lei do ventre livre não foi nada tranquilo: a opção do governo por encampar a discussão da matéria dividiu o Partido Conservador. O protagonismo na condução do tumultuado processo de tramitação e votação do projeto se deveu ao Barão do Rio Branco, então primeiro ministro do governo, que moveu a máquina do Império, com a influência de cargos e seu habilidoso trato político para vencer a pressão interna do partido que. Todo o esforço valia para se fazer uma reforma com a “prudência” e previdência que o delicado assunto requeria.

Neste contexto, houve diversas concessões do governo que visaram a garantia de importantes prerrogativas senhoriais para a manutenção da “ordem natural das coisas” dentro das Casas, fazendas e nas senzalas (ALONSO, 2015, p. 78). A liberdade do ventre, portanto, não significou que os filhos das mulheres escravizadas estivessem livres de um modelo de tutela de seus direitos e de obrigações laborais. A lei do ventre livre apresentou de forma particular o modo como estes sujeitos eram encarados pelos interesses senhoriais e pelos políticos responsáveis por solucionar uma questão difícil de equacionar: o interesse da preservação do patrimônio, da obrigação de trabalho e disciplina e, quem sabe assim, a possibilidade de libertação dos filhos do ventre escravizado.

Apesar de já no seu primeiro artigo trazer a principal mudança (a libertação do ventre), a condição de liberdade destas crianças não chegou a representar significativamente uma nova perspectiva de vida, ao lhes retirar o peso das restrições jurídicas impostas pelo direito escravista vigente no Brasil. A escolha política pelo modelo de abolição gradual deste sistema impôs continuidades incômodas em consideração ao próprio sentido de liberdade que se pretendia estabelecer.

É justamente este aspecto que interessa ser discutido neste ponto da pesquisa. A abolição gradual permitiu a continuidade do poder patriarcal dos senhores sobre os filhos libertos pela lei de 1871. Neste sentido deve ser lida a primeira parte do § 1º do Art. 1º da lei do ventre livre quando estabelece que “os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis [sic], os quaes terão obrigação de criar-os e tratar-os até a idade de oito annos completos”. Caso esta mãe ou o Estado não conseguissem a quantia para a indenização do senhor pelo período da criação, este ficava com a opção de “utilisar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos” (BRASIL, 1871).

A lei não deixa explícito o que deveria significar os termos “poder” e “autoridade”, mas como já demonstrei neste trabalho, as normas do direito oitocentista dispunham de um consolidado arcabouço jurídico que garantia aos *pater familias*, “os senhores de suas mães”, o poder (*potestas*) de ordenar e gerir a vida no âmbito privado, estando aqui situada a disciplina do direito de castigar desses sujeitos.

Ficando submetidos aos mandos dos senhores das mães esses filhos e filhas libertados pela lei deveriam cumprir com obrigações de obediência e trabalho. Os castigos físicos eram instrumentos seculares de disciplinamento contra a rebeldia e insubmissão de cativos, sua continuidade uma medida difícil de se renunciar.

No parecer da comissão que analisou o projeto da lei na câmara dos deputados há menção a este assunto:

A maior parte das medidas indicadas se acham consignadas nos projetos escravos e libertos, limitou-se a tratar das que se estendam do lar e se efetuam a face da sociedade, excluiu todas as medidas que pudessem **perturbar as relações domésticas do escravo para com o senhor**. Entendeu que, ao menos por enquanto, deve-se manter essas relações no estudo de moderação e humanidade a que a nossa civilização já as levou, pareceu-lhe conveniente não curar de outros assuntos como são os castigos de tempo de serviço, tratamento etc (SENADO, 2012, p. 372, grifo nosso).

A propósito, o § 6º do art. 1º da lei deixa quase que escapar os limites aos quais os filhos das escravizadas estavam sujeitos: “Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no § 1º, se, por sentença do juízo criminal, reconhecer-se que os senhores das mãis [sic] os maltratam, infligindo-lhes castigos excessivos” (BRASIL, 1871).

É deste dispositivo que decorrem as principais indagações aqui propostas. Preteno que ele seja lido para além de uma inovadora e humanitária hipótese de extinção de prestação dos serviços e libertação total desses sujeitos. Trata-se, antes de tudo, quase que uma confissão legislativa sobre as práticas de punição escravista que poderiam correr o risco de ter ficado longe do olhar da história: os castigos escravistas que vitimavam crianças e adolescentes submetidos aos horrores da escravidão e que continuaram para além dela, apesar - e a despeito - da liberdade do ventre.

No art. 1º, § 6º da lei do ventre livre, há expressa menção de que dentro do prazo de indenização a que o filho estaria sujeito, se ficasse reconhecida “por sentença do juízo criminal” que os senhores das mães maltratam os filhos “infligindo-lhes castigos excessivos”, ficaria cessada a obrigação de trabalho. A doutrina dos castigos excessivos a que a lei do ventre livre trata só pode ser compreendida se se fizer uma remissão ao próprio art. 14, § 6º do Código Criminal de 1830.

Mas havia um problema central em submeter os filhos libertados pela lei do ventre livre à disciplina do art. 14, § 6º do Código Criminal: estas crianças e adolescentes não se enquadravam em nenhuma das três figuras jurídicas descritas no dispositivo legal. Ali estavam relacionados os castigos moderados dos pais para os filhos, dos mestres para os discípulos e dos senhores para os escravos. A considerar os termos “autoridade” e “poder” dos senhores, estas crianças e adolescentes estavam sujeitas a uma equiparação ilícita à condição de escravo (analogia) pela legislação do império, reafirmando o caráter precário dessa liberdade supostamente garantida pela lei do ventre livre.

A este respeito, nos remetemos a uma passagem do relatório final da comissão especial da Câmara dos Deputados de 24 de maio de 1871 onde é possível encontrar uma pista que indica o conhecimento dos parlamentares envolvidos na discussão do projeto de lei de reforma do “elemento servil” das contradições jurídicas a que estavam submetendo os novos atores sociais tutelados pela lei de libertação do ventre:

A comissão não julga dever discutir aqui o ponto de direito, se o senhor tem domínio sobre os filhos de suas escravas; e se, portanto, a indenização pecuniária é pela perda do fruto, ou se é apenas como compensação do ônus da criação. Para nós a questão deve ser encarada debaixo de outro ponto de vista. Aceitamos o fato e procuramos resolvê-lo no sentido favorável aos proprietários de escravos, sem instituir debate acerca da regra do direito romano – *partus sequitur ventrem* (SENADO, 2012, p. 373, grifo nosso).

O silêncio a este aspecto parece ter sido uma estratégia do conjunto de concessões que viabilizaram a aprovação do texto final. Esta questão não pode ser entendida como um mero e “pequeno detalhe”: a abolição gradual do “elemento servil” foi feita “no sentido favorável aos proprietários de escravos”, ignorando a discussão sobre a concretude das relações que seriam estabelecidas dali para frente. O senhor de escravos que teve libertado os filhos de suas escravas faria de tudo para evitar perdas econômicas decorrentes desse arranjo legal, garantindo que na prática o filho liberto fosse tratado tal qual um cativo: sujeito a seu mando e domínio, sob pena de lhe aplicar-lhes castigos físicos.

O § 6º do art. 1º da lei do ventre livre, quando estabeleceu que a extinção da obrigação de serviços somente se procederia por meio de “sentença do juízo criminal” que reconhecesse que os senhores das mães infligem castigos excessivos, estaria se referindo à decisão do júri, na forma que passou a ser disciplina pela lei de reforma judiciária do império (Lei 2033 de 20 de setembro de 1871) promulgada 8 dias antes da lei 2040 de 1871, que no seu art. 20 submeteu legalmente a apreciação das causas do art. 14 do Código Criminal a decisão do júri¹⁰¹. Mesmo

¹⁰¹ Mesmo assim, o caminho desta criança ou adolescente não estaria terminado: na hipótese de o júri decidir pela hipótese de cometimento de castigos excessivos, condenando o senhor, este filho liberto necessitaria ainda

assim, o caminho desta criança ou adolescente não estaria terminado: no caso de o júri decidir pela hipótese de cometimento de castigos excessivos, condenando o senhor, este filho liberto necessitaria ainda submeter o pedido de extinção de suas obrigações de trabalho a um juiz do cível.

A conclusão a que se chega é que com muita dificuldade, seja na esfera criminal e mesmo no âmbito cível, o filho de uma escrava que fosse vítima de castigos excessivos conseguiria se livrar da obrigação de prestar serviços ao senhor entre os 8 e 21 anos de idade. Esta legislação estabeleceu um intrincado sistema que privilegiava os poderes paternos dos senhores de escravos em contraposição aos novos direitos de autonomia dos filhos libertos pela lei do ventre livre.

No Parecer da Comissão Especial encarregada de estudar o Projeto do Poder Executivo que tratava da questão servil, datado de 30 de junho de 1871, este tema foi objeto de destaque dos parlamentares. A preocupação principal era a garantia da ordem pública e, principalmente, da ordem privada:

No § 6º preferiu a comissão às palavras “por sentença do juiz” estas outras “por sentença do juízo criminal”. Estatuiriam aquelas a necessidade de um especial julgamento civil na hipótese prevista, acumulando gastos judiciais e perturbando a subordinação indispensável às novas relações criadas pela proposta; enquanto as substitutivas parece [sic] satisfazerem melhor às conveniências de ordem pública e de ordem privada. Desde que o competente juízo criminal, nos termos da legislação vigente, proferir julgamento sobre fatos criminosos mencionados no parágrafo, e a sentença independer de recurso ordinário, “não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja seu autor”, como é expresso no art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841. Resta o efeito civil da sentença condenatória criminal que, na espécie deste parágrafo, é a perda do direito à prestação dos serviços por parte do menor ofendido, ficando desde logo sob a jurisdição plena do juízo de órfãos, que lhe dará destino, conforme as leis comuns aos órfãos” (SENADO, 2012, p. 501).

Essas condições não foram certamente o resultado da benevolência senhorial para com filhos libertos dos ventres escravizados. Mesmo as possibilidades de livramento das obrigações de prestação de serviços da criança ou adolescente deveriam passar por um criterioso caminho da burocracia judiciária do Império, com grandes possibilidades de se negar o reconhecimento de cometimento de castigos excessivos, obrigando a continuidade do exercício do poder patriarcal por meio de uma forma de dependência remodelada pela lei do ventre livre.

submeter o pedido de extinção de suas obrigações de trabalho a um juiz do cível. O Decreto nº 5.135, de 13 de novembro de 1872 que regulamentou a lei do ventre livre tratou de disciplinar esta questão. No seu art. 18 ele repete o texto no art. 1º, § 6º da lei 2040 de 28 de setembro de 1871. Mas é no art. 82 que estabeleceu a forma como deveriam proceder os filhos libertos para se verem livres dos trabalhos: “O processo para verificar os factos do art. 18 deste regulamento é o dos paragrafos do art. 63 do decreto nº 4824 de 22 de Novembro de 1871”.

A abordagem do tema dos castigos escravistas extrapolou os limites da legislação criminal, indo chegar a um momento de muita tensão na política escravista e nas novas formas de regulação do direito no império que seriam cada vez mais pautadas pela interferência da lei no campo das relações escravistas. Todavia, esta interferência contou sempre com a devida “previdência” e a garantia dos interesses e direitos dos senhores escravistas que se utilizariam de suas armas políticas disponíveis para tentar minimizar os efeitos incômodos do governo das leis sobre o governo das casas. Manter a sua prerrogativa de castigar, mesmo os filhos libertos pela nova lei, significava sobretudo manter o seu próprio status como membro da classe senhorial. Mas a batalha aqui seria bem mais difícil, pois eram novos tempos.

3.6 As leis do império e o império das leis: a crise da escravidão entra no campo criminal

A escravidão era instituto antigo fundado nos costumes e no direito das gentes (*ius gentium*), e como costume assim também deveria terminar, de forma gradual, ao longo dos anos, sem a necessidade de qualquer interferência do Estado nessa seara. Esta ideia geral guiava o conjunto das argumentações dos defensores do escravismo no Brasil no século XIX. Mas eles já não estavam mais sozinhos e os ventos eram outros.

Os abolicionistas, incômodos sujeitos que teimavam em contestar o direito antigo dos senhores escravistas, ganhavam cada vez mais relevância na cena política brasileira, com variadas estratégias de mobilização social e sensibilização para a necessidade de extinção do cativo. No campo jurídico, “o abolicionismo usou a tópica do direito em três chaves: a filosófica, do direito natural; a jurídica, de tribunal; e a política, de associação com a construção da cidadania” (ALONSO, 2015, p. 101).

Já se passavam cerca de quatro décadas da instituição dos novos cursos jurídicos de direito em São Paulo e Recife, as influências do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, aliados a teorias científicas, impulsionavam um ambiente de acaloramento das ideias que estavam em debate na seara política e também no campo jurídico.

Ao lado disso, o movimento abolicionista internacional ganhava cada vez mais relevância ao desbancar uma a uma das experiências escravistas no globo. Os casos da abolição nos Estados Unidos e na ilha de Cuba eram paradigmáticos do momento em que se vivia: era uma tarefa inglória a luta pela continuidade da escravidão. No Brasil, a centralidade da

escravidão e a proeminência de políticos conservadores na política proporcionou que o instituto fosse mantido até quase a última década do século XIX.

O movimento abolicionista já havia conseguido levantar a discussão da extinção da escravidão quando o governo de Rio Branco capturou a questão em nome dos conservadores a fim de garantir a manutenção do estado de coisas escravista. O resultado da lei de 1871 não agradou nem do lado dos conservadores, que tiveram um racha dentro do partido, nem dos liberais e dos abolicionistas, que viram ao longo dos anos que as concessões negociadas no curso do tumultuado processo legislativo esvaziaram os objetivos centrais emancipatórios da lei. Passados quase uma década da aprovação da lei do ventre livre, momento em que se completariam os oito anos dos filhos das escravizadas, o cenário demonstrava que em sua grande maioria, estas crianças continuariam sob o poder dos senhores.

Do ponto de vista do direito natural, a escravidão se tornou uma realidade jurídica indefensável. O jurista Carlos Perdigão, ao tratar da pena de açoites, conclamou protesto contra o que chamou de “infamia legal”: “A pior [sic] de todas as corrupções, diz MONTESQUIEU, é a que vem da Lei; mal profundo e incurável, porque esta no mesmo remedio” (PERDIGÃO, 1880, p. 272-273).

A disseminação de associações abolicionistas nas províncias do império servia como estratégia de mobilização social e ganhava adeptos através de jornais, espetáculos artísticos e da atuação de juristas em processos judiciais. Estes últimos passaram a se utilizar do próprio direito vigente como estratégia de contestação da escravidão. Dentre esse interessante grupo heterogêneo de pessoas que vislumbravam no fim do escravismo expectativas diversas de projeto de futuro para o Brasil, se destaca aqui a figura de Luiz Gonzaga Pinto da Gama: negro, trazendo consigo a experiência de escravização ilegal, conhecedor do direito e das leis do império, abertamente contrário a monarquia e republicano radical.

Euciene de Azevedo (1999) demonstra as nuances da atuação de Luiz Gama na São Paulo oitocentista, demonstrando a trajetória da atuação deste personagem para além de uma visão mitológica de um “homem além de seu tempo”. Este sujeito de carne e osso viveu as ambiguidades do seu espaço temporal, com uma atuação que contava com os laços de amizade na maçonaria e no meio jurídico capazes de viabilizar a defesa nos foros de causas de liberdade, unidos a uma atuação jornalística contundente; além da própria advocacia como forma de ganhar a vida, necessária após a sua demissão do cargo de amanuense da Secretaria de Polícia de São Paulo em 1869, logo após contrair uma desavença pública com o juiz municipal Rego Freitas envolvendo uma ação de liberdade do escravo Jacinto. A estratégia de Luiz Gama

passou a ser o estudo das leis do império a fim de obter sucesso em causas de libertação de escravos. Entretanto, apesar de ousada, esta não era uma equação tão simples, uma que vez Gama “apoiava-se em uma legislação que, em última instância, era um dos principais pilares sobre os quais se sustentava a possibilidade do cativo” (AZEVEDO, 1999, p. 189 e ss).

Neste sentido, Gama, juntamente com seu amigo Américo de Campos, buscou contestar a escravidão se utilizando da lei de 7 de novembro de 1831 (Lei Feijó) a fim de formar um melindroso argumento jurídico para contestar a ilegalidade da escravização de alguns africanos. Em fevereiro de 1871, ingressaram com uma ação de liberdade em São Paulo que visava a libertação de 14 africanos que viviam alguns em Jundiá e a maioria na Capital. Apesar da ousadia, o andamento do processo foi muito lento e diversos percalços na burocracia dificultavam a análise da demanda, o que custou muitas petições enérgicas de Gama nos autos e publicações em jornais que visavam persuadir o juiz a julgar o caso. Ao final, apesar de todas as investidas, a ação foi julgada improcedente¹⁰² (AZEVEDO, 1999, p. 218 e ss).

Radical, Luiz Gama estabeleceu o “estilo Gama” do abolicionismo (AZEVEDO, 1999). “O estilo Gama de ativismo consistiu em explorar a ambiguidade da legislação acerca da escravidão” (ALONSO, 2015, p. 103). As estratégias de contestação judicial de ilegalidades do escravismo não se restringiriam somente a discussão das causas civis relativas ao cativo, mas se multiplicaram em contestações mesmo de questões na seara criminal, como foi o caso da lei de 10 de junho de 1835 em que Gama afirmou “Perante o direito, é justificável crime de homicídio perpetrado pelo escravo na pessoa do seu senhor” (*Apud* ALONSO, 2015, p. 104).

A grande virada interpretativa dessa estratégia foi tomar o campo da lei como um instrumento de contragolpe antiescravista, cuja contestação passaria a ser tomada a partir de

¹⁰² Euciene de Azevedo (1999, p. 218-228) demonstra na sua pesquisa que, apesar da ousadia de Luiz Gama e do amigo, muitas foram as dificuldades na análise da demanda. A primeira delas foi o fato de que, antes de dar o despacho inicial da ação, três juízes se declararam suspeitos de julgar a causa, talvez por terem relação de amizade com a família proprietária que estava figurando no banco dos réus da ação. Após isto, o promotor público que atuou no caso, requereu que o processo fosse antes encaminhado ao Curador de Africanos Livres, já que no centro da discussão da demanda o argumento era de que estes africanos escravizados ilegalmente deveriam em verdade serem considerados como tais nos termos das leis do império. Um mês depois de entrarem com a ação (21/03/1871), entretanto, houve a necessidade de apresentação de nova petição dos advogados informando que os proprietários tentavam apreender os escravos, inclusive se utilizando dos serviços da polícia. O detalhe era que os advogados tinham escondido os escravos e aguardavam o despacho que determinasse fossem os mesmos depositados até o final do julgamento. Após o oferecimento desta ação por Gama, o Curador pediu demissão do cargo. Após muita insistência por parte da defesa dos escravos, e havendo a necessidade de recorrer ao juiz titular da vara, em 18 de abril de 1871 foi dispensada a participação do Curador de Africanos Livres no processo. Outra dificuldade encontrada foi a realização da oitiva dos escravos que ocorreu somente em 21 de outubro daquele ano, após muita insistência. Neste tempo, os escravos foram capturados pela polícia e presos como escravos fugidos. A defesa conseguiu, após muita insistência, que os escravos não fossem entregues aos proprietários, ficando como curador dos mesmos o também advogado nos autos Américo de Campos. O fim desse tumultuado processo não foi favorável aos escravos, tendo o juiz julgado improcedentes os pedidos e determinando a devolução dos cativos aos donos.

elementos que passariam a ser cada vez mais difíceis de serem contornados: os elementos de combate seriam extraídos de dentro do próprio ordenamento jurídico formado ao longo da construção legislativa do império. “Gama extrapolou essa contestação jurídica às bases legais do escravismo, levando a interpretação da lei ao limite” (ALONSO, 2015, p. 103).

Entretanto, como demonstra a atuação de Gama, os caminhos apesar de novas possibilidades de argumentação, não significavam uma mudança radical nas estruturas daquela sociedade, assim como nas posturas das autoridades responsáveis por receber e julgar causas que tratassem de temas tão sensíveis quanto a aplicação de castigos físicos em escravos. Estes temas estavam imbricados, sobretudo, com a própria questão sobre a continuidade da escravidão e os seus instrumentos de controle da população escrava, portanto não seria uma tarefa fácil a limitação das prerrogativas senhoriais, a lei do ventre livre demonstrou o tamanho das barreiras.

No campo criminal, velhos dispositivos do código criminal passaram a ser amplamente combatidos nesse cenário de intensa movimentação contrária às formas de punição escravistas. O caso da pena de açoites é emblemático neste sentido. As manifestações abolicionistas visaram o artigo 60 do Código Criminal, dispositivo que além de “manchar” o espírito moderno daquele diploma se mostrava cada vez mais incompatível com o modelo de punição pública. Nessas décadas finais da escravidão, muitos integrantes da estrutura judiciária já eram adeptos às ideias abolicionistas, como juízes, promotores e delegados de polícias. Decisões judiciais em processos da primeira instância e dos tribunais que passaram a contestar e limitar a aplicação do direito penal escravista foram importantes para a aprovação da lei que extinguiu os açoites como pena no código (BRIGHENTE, 2019, p. 229).

À proliferação de associações abolicionistas deve ser somada a intensa campanha do movimento, que se utilizou das estratégias de sensibilização por meio das artes e de denúncias através da imprensa como ferramenta de luta pela abolição da escravidão. Na mira das estratégias, a pena de açoites e a crueldade com que senhores castigavam seus escravos, aliada a críticas pela inércia do governo imperial na punição dessas práticas passaram a fazer parte das publicações de periódicos de norte a sul do Brasil. A tônica empregada ligava as práticas de punição escravista à barbárie e a incivilização da sociedade brasileira, ainda presa a velhas imagens de punições corporais incompatíveis com a imagem do progresso. “Era necessário ‘instruir os ricos e persuadir o trono’ quanto aos males da escravidão, entre os quais se destacava o açoitamento de indivíduos escravizados, como prática disciplinar e como punição judicial” (ASSIS, 2017, p. 26).

A pena de açoites foi extinta por meio da lei 3.310 de 1886 que reformou excluiu a vigência do texto do art. 60 do Código Criminal, ao mesmo tempo em que também revogou dispositivos correlatos constantes na lei nº 4 de 10 de junho de 1835. Entretanto, é válido destacar que nos debates parlamentares em torno da aprovação desta lei, os representantes do parlamento fizeram consignar que o fim da pena pública de açoites não significava o fim dos castigos senhoriais. O art. 14 ainda estava vigente enquanto era vigente a escravidão, e esta representava e garantia aos senhores o direito de castigar “moderadamente” seus escravos (PIROLA, 2017, p. 3).

O fato é que, mesmo com a ressalva dos parlamentares brasileiros, a contestação da pena de açoites públicos trouxe como consequência imediata a própria contestação dos açoites privados e de todas as ilegalidades punitivas cometidas no âmbito das propriedades escravistas do império. Como já dito, o combate da punição escravista para os setores abolicionistas seria também uma forma de combater o próprio escravismo, já que o açoitamento e os diversos instrumentos e práticas punitivas ainda aceitas no âmbito privado simbolizavam no final das contas a própria face cruel da escravidão brasileira, nada doce ou amenizada como quiseram deixar parecer antropólogos e políticos anos depois.

Dois estudos recentes permitem compreender melhor um pouco deste cenário de tensão no campo jurídico envolvendo a punição escravista: Ricardo Figueiredo Pirola (2017) e Liliam Ferraresi Brighente (2019) analisam as mesmas fontes buscando compreender o processo final de abolição da pena de açoites. Foram processos criminais julgados entre as décadas de 1870 e 1880 que tiveram amplo destaque na imprensa e nos meios jurídico e parlamentar. Os casos tratavam de denúncias de cometimento de crimes por senhores de escravos em decorrência da aplicação de castigos domésticos, castigos considerados excessivos e, portanto, contrários às leis.

O primeiro caso é o do juiz Luís de Albuquerque Martins Pereira, atuante no município de Parnaíba, província do Piauí. Tendo ele recebido informações sobre o açoitamento do escravo Bonifácio em dezembro de 1873, determinou a realização do auto de culpa e exame de corpo de delito no cativo. Os peritos indicaram que se tratava de “castigos moderados” e que, portanto, não havia indícios de crime, assim o entendendo também o promotor de justiça. Não contente, argumentando discordância uma vez que viu o escravo pessoalmente, o juiz pronunciou o réu Coelho Bastos e o escravo Raymundo, que fez as vezes de carrasco. No julgamento, o júri considerou os castigos moderados, absolvendo os réus do crime, na forma do art. 14, § 6º do Código Criminal. Mesmo diante da decisão do júri o juiz Martins Pereira

condenou os réus nas penas do art. 205 do Código Criminal, porque, segundo ele, “como é o castigo de açoites uma pena e por isso contrário às leis em vigor”. Os réus recorreram e tiveram a decisão reformada pelo Tribunal da Relação do Maranhão. O juiz foi afastado do cargo, se defendeu perante o tribunal, entretanto não foi punido uma vez que decidiu a partir dos fundamentos jurídicos encontrados no próprio ordenamento jurídico (PIROLA, 2017, p. 5-7; BRIGHENTE, 2019, p. 224-226).

Neste caso, é possível perceber que mesmo que decidindo contra o veredicto do júri, cuja soberania estava resguardada na legislação processual, o juiz encontrou argumentos possíveis disponíveis dentro do ordenamento criminal no Império a fim de justificar a ilegalidade da aplicação de açoites privados. Pela lógica do juiz de Parnaíba, sendo os açoites uma pena pública, estabelecida pelo Código Criminal, não poderia um particular se utilizar de prerrogativas não referendadas pela legislação criminal a fim de infligir a um escravo uma pena sem processo e sem sentença do juízo criminal. Aqui o princípio da legalidade é elevado ao seu grau máximo da argumentação para contestar a legitimidade de práticas de castigos corporais na esfera privada (BRIGHENTE, 2019, p. 226). O caso teve repercussão na imprensa e no parlamento, sendo contestada a postura do juiz por deputados conservadores que defendiam a legitimidade dos senhores de castigarem seus escravos (PIROLA, 2017, p. 8).

O segundo caso relatado ganhou destaque no meio jurídico e na imprensa brasileira da época. Trata-se do processo que tramitou na capital da Província do Maranhão, tendo origem na denúncia da escrava Carolina contra seu senhor, Raymundo José Lamagner Vianna. Esta procurou o delegado de polícia que iniciou as investigações para averiguar a ocorrência de castigos excessivos. Foi feito o laudo de corpo de delito na escrava e constatada a prática do crime do art. 201 do Código Criminal. O promotor de justiça denunciou o réu. O advogado de defesa do senhor trouxe todos os argumentos e tentou de todas as formas arquivar o processo, haja vista que segundo ele o ato do réu estava fundado nas leis. Enviado o réu a júri pelo juiz de direito, o mesmo recorreu ao Tribunal da Relação do Maranhão, sustentando que o escravo não poderia denunciar seu senhor e que o direito de castigar estava protegido pela legislação do império.

O Tribunal da Relação do Maranhão julgou o recurso interposto pelo réu, reconhecendo a legalidade do processo e a legitimidade do júri como instância de decisão sobre os crimes justificáveis do art. 14 do Código Criminal. O jurista Vicente Alves de Paula Pessoa (ver item 3.3) citou este acórdão no seu livro quando tratou do art. 14, § 6º, entretanto, não teceu maiores argumentos sobre o mesmo. O fato é que esta decisão teve importante impacto no cenário

político e jurídico brasileiros, reconhecendo a possibilidade de denúncia por promotor público de senhores que excedessem no seu direito correcional.

Há evidências da influência destes dois casos na prática judiciária, como demonstrou Pirola (2017, p. 17-18) com os casos da Vila de Pitangui em Minas Gerais em 1876 e de Uberaba no ano de 1885. No primeiro caso o promotor público apresentou acusação contra o padre Delfino J. Rodrigues por castigar seu escravo excessivamente, no segundo foi a vez do subdelegado de Uberaba instaurar inquérito para investigar a prática de castigos excessivos cometidos contra a escrava Rita. Ambos os casos não tiveram seguimento porque esbarraram em posturas de autoridades que não concordavam com as “novas teses” que estavam na pauta dos debates jurídicos: o juiz de Pitangui não aceitou a denúncia; o promotor de Uberaba não denunciou o Barão de Ponte Alta.

O estado atual da pesquisa nesta área não permite compreender estes casos como representativos da prática geral nos foros de justiça criminal do Império. Pode-se concluir como casos isolados representativos da ação política de membros da burocracia judiciária e policial que passaram a contestar a legitimidade das prerrogativas correcionais dos senhores. Para resultados mais conclusivos há necessidade de pesquisas mais amplas que foquem em possibilidades ou não de alteração nos padrões de atuação dos juristas que possam determinar os impactos das investidas de abolicionistas na prática judiciária.

Neste sentido, Roberto Radünz (2020) apresenta um caso que demonstra uma interpretação conservadora da aplicação do art. 14, § 6º do Código Criminal¹⁰³. O fato ocorreu na Vila de Vacaria, província do Rio Grande do Sul no ano de 1881. O escravo Joaquim, propriedade de Constâncio Thomaz de Moura Ramos, apresentou queixa de castigos excessivos praticados por seu senhor. O promotor de justiça, após a formação da culpa, verificando a existência de lesões corporais significativas, apresentou queixa contra o senhor. No auto de corpo de delito realizado na fase de formação da culpa, dois peritos consignaram a existência de feridas encontradas, ainda abertas no corpo do periciado, e demonstravam que “o castigo foi bastante”. O processo teve seu curso com a acusação. Na defesa apresentada, a argumentação jurídica do advogado do senhor acusado de maus tratos foi no sentido defender que a ação foi legítima dentro do seu direito de castigar, afirmando que se limitou a correção do escravo pelos

¹⁰³ Radünz vincula a análise deste processo a um ambiente maior de utilização da via judicial como forma de contestação da escravidão por movimentos abolicionistas que se estabeleceram no também no Sul do Brasil, destacando também a popularidade da lenda do “Negrinho do Pastoreio”. “Em um ambiente público amplamente favorável à supressão do trabalho cativo, ações contra escravizados que antes ficavam limitadas à esfera privada [...], podem ter alcançado projeção pública” (RADÜNZ, 2020, p. 137-138).

meios aconselhados pela justiça e humanidade. O defensor requereu nova perícia, sendo deferido o pedido pelo então juiz. Foram ouvidas testemunhas e realizado novo laudo do corpo de delito que apresentou conclusão diversa: “os peritos que encontrarão no paciente apenas sinais de simples escoriações sendo que não teve o mesmo paciente algum ferimento [...] não houve ferimento, e sim simples e leves escoriações” (Apud RADÜNZ, 2020, p. 139, grifo do autor).

Diante deste cenário, o juiz municipal negou seguimento a acusação da promotoria, alegando que o escravo não seria miserável e não poderia apresentar queixa contra seu senhor, na forma do artigo 73 do Código de Processo Criminal de 1832. Quanto a decisão final, extinguiu o processo e conhecendo o direito do senhor de castigar seu escravo: “[...] que é incontestável o direito que assiste ao Senhor de castigar corporalmente seus escravos”, seus fundamentos jurídicos recaíam no próprio art. 14, § 6º do Código Criminal. Diferente de outros casos e da própria legislação do império que determinava a apreciação dos casos do art. 14 pelo júri, o processo foi arquivado sem ser encaminhado para decisão do tribunal popular.

Um indício importante que demonstra a dificuldade de um processo de agressão contra escravos lograr êxito se extrai da pesquisa de Flavio Júnio Neres Muniz (2020) realizada em processos deste tipo constantes no Arquivo Público sobre a cidade de Uberaba, Minas Gerais, entre as décadas de 1840 e 1880, em que constam 150 arquivos de processos criminais. Destes, 18 tratam do assunto “agressões”, ou seja 12% do total. Destes 18, Muniz encontrou 12 (60%) processos em que escravizados figuravam como vítima de maus tratos por seus senhores, dos quais 7 eram homens e 5 mulheres.

Dos 12 processos em que os escravizados figuraram como vítimas - o marco temporal é de 1846 e 1882 -, 4 deles tramitaram entre 1846 e 1862 e 8 tramitaram entre 1873 e 1886. De todos os processos analisados por Muniz (2020, p. 19-21) na série histórica é representativo que somente um deles tenha sido levado a julgamento pelo júri. Curiosamente, o único processo levado ao julgamento do júri datava do ano de 1881, se referia a vítima Alexandrina, uma criança filha de escrava que tinha 7 ou 8 anos de idade e, que, portanto, fora libertada por efeitos da lei do ventre livre de 1871.

Tal caso reafirma a tese defendida no item 3.4 que trata sobre a precariedade da liberdade das crianças e adolescentes libertados pela lei, mas que continuavam a sofrer com práticas de castigos físicos que as aproximava da condição social de escravizados. O fato deste processo constar na relação de processos de agressões contra escravizados também pode ser revelador neste sentido.

O inquérito foi aberto em 7 de outubro de 1881, na comarca de Uberaba, Minas Gerais, contra os senhores da escrava Maria, mãe de Alexandrina. Apolinário José de Almeida e sua esposa Maria Balbino de Almeida e seu filho de 16 anos de idade foram investigados pelos atos (MUNIZ, 2020, p. 22). Os fatos, entretanto, ocorreram no dia 4 de outubro, neste dia por volta das sete horas da noite, Maria fora procurar por João José Maria, um preto provavelmente forro, pedindo abrigo e informações sobre a localização da casa do Delegado de polícia, levava consigo nos braços sua filha, a menina Alexandrina, de 7 anos de idade, que estava com ferimentos de cortes das nádegas aos joelhos e nos braços. Após procurar por informações dentre conhecidos e ser procurado por um dos filhos dos proprietários da escrava, somente na madrugada do dia 5 de outubro João José Maria consegue levar mãe e filha à casa do juiz municipal, Juventino Polycarpo Alves de Lima, que aciona do delegado de polícia, Capitão Vicente Domingos Martins (MUNIZ, 2020, p. 50-51).

O exame de corpo de delito foi realizado somente no dia 7 de outubro de 1881. Foram designados os médicos Nicolau Bruno e José Joaquim de Oliveira Teixeira, acompanhados pelas testemunhas Belmiro Antônio Villarouco e Francisco de Souza Lima, moradores da região. O exame concluiu pelas lesões encontradas no corpo da vítima. A partir disso, o inquérito é aberto e é determinada a oitiva de testemunhas. Concluídas as investigações, os autos foram enviados ao Promotor de Justiça. Este, sabedor da situação jurídica da criança, enviou requerimentos à Câmara Municipal de Uberaba para obter informações sobre a existência de matrícula da criança “ingênua” vitimada, bem como para verificar eventual registro da mesma no assento de escravos. No mesmo dia da solicitação, dia 10 de novembro de 1881, o coletor municipal respondeu ao promotor de justiça, indicando não haver matrícula da criança Alexandrina no registro de engenuos e tampouco no registro de cativos. Não contente com as informações, o promotor solicitou novas informações dos peritos e oitiva de mais testemunhas para esclarecimentos dos fatos (MUNIZ, 2020, 103-114).

O processo foi remetido ao delegado no final do ano de 1881, sendo as diligências cumpridas no início do ano de 1882, quando o delegado pode ouvir as testemunhas e concluir as investigações. Ao final os réus foram processados criminalmente, sendo iniciados os ritos processuais com a oitivas das testemunhas em juízo e colheitas das provas. Após esta fase, a defesa dos réus apresentou petição em que se manifestou defendendo as suas prerrogativas de castigar. Para o defensor dos réus, não houve o cometimento do crime uma vez que a aplicação dos castigos na menina Alexandrina se deu em razão de alegada prática de furto pela criança. O advogado da senhora acusada alegou que o ato de castigar não estava contrário às leis, já que

a “magistratura doméstica” estava referendada pelo art. 14, § 6º, o qual argumentou se aplicar ao caso (MUNIZ, 2020, p. 184).

Em 19 de maio de 1882, o juiz municipal que instruiu o processo se convence dos argumentos da defesa da senhora de Maria, mãe da menina Alexandrina e julga improcedente a acusação, amparado no art. 14, § 6º do Código Criminal do Império e no fato de ter supostamente a menina cometido furto contra o senhor da sua mãe. Importante ressaltar que o juiz reconhece estar a criança vitimada amparada pelas disposições da lei do ventre livre, entretanto reconhece as prerrogativas de castigo dos senhores sobre as crianças que estão sob sua tutela (MUNIZ, 2020, p. 189-190). O caso tem um revés. Ao receber o processo, o juiz de direito entende de forma diversa da posição do juiz municipal. Afirma que as lesões ficaram provadas pelo laudo de corpo de delito e que, ainda mais, as leis do império são contra práticas de castigo, ainda mais para uma criança livre nos termos impostas pela lei de 28 de setembro de 1871. O juiz determinou o seguimento da acusação pelo cometimento do crime art. 201 do Código Criminal, determinando a prisão dos réus e arbitrou a fiança no valor de \$800.000,00 réis para cada um dos réus. Após, o promotor apresentou o libelo acusatório, os réus foram citados e foi determinada a realização do júri.

O julgamento do caso ocorreu em 30 de junho de 1882. Realizados os atos processuais de praxe, ouvidas as testemunhas e interrogados os réus, o júri se reuniu e deliberou sobre os quesitos¹⁰⁴. O júri deliberou que tanto a ré como seu filho não teriam espancado a menor e lhe produzido os ferimentos descritos no libelo, os demais quesitos ficaram prejudicados. A sentença final do processo resultou na absolvição dos réus da prática do crime do art. 201 do Código Criminal de 1830.

Este caso foi objeto da pesquisa de Muniz, uma vez que dentre os 12 processos de lesões corporais encontrados em que as vítimas foram apontadas como escravas na descrição oficial, apenas este foi encaminhado para a apreciação do tribunal do júri. Resta questionar o porquê de os outros 11 processos terem um fim diferente dos autos da criança Alexandrina, talvez os juízes que atuaram nestes processos compartilhassem do mesmo entendimento jurídico que o juiz Juventino P. Alves de Lima. Para tanto, somente uma análise do teor destes processos

¹⁰⁴ Quesitos: “1º - A ré Maria Balbina de Almeida no dia 4 de outubro de 1881, no distrito desta cidade, espancou a menor Alexandrina ingênua e filha de sua escrava Maria produzindo lhes os ferimentos, descriptos no auto de corpo de delicto?; 2º - A ré cometteo o facto criminoso inflingido por motivo fútil?; 3º -Existem circunstancias atenuantes a favor da ré; 4º - O juri reconhece que a surra provocada pela ré na paciente Alexandrina provém de castigos moderados que ela lhe infligio?” (*Apud* MUNIZ, 2020, p. 217-218).

poderia responder adequadamente a esta pergunta. Entretanto, resta questionar a razão de não terem seguido as imposições legais de levar estes casos para decisão do júri.

No processo de Alexandrina, foi possível encontrar num mesmo caso interpretações diversas sobre como deveria ser a aplicação da regra que resguardava a soberania dos veredictos do júri, de um lado, e, de outro, os limites de aplicação do art. 14, § 6º do Código Criminal. Para o juiz municipal que atendeu o pedido da defesa dos réus, o direito de castigar estava resguardado pelas leis do império e era uma prerrogativa da “magistratura doméstica”. O juiz de direito entendeu de forma diversa, frisando a condição de ingênua da criança castigada e a ilegalidade dos castigos, imputando-lhes a prática do crime do art. 201. O júri, de forma quase que invariável, redundou na absolvição dos senhores.

Pesquisa realizada nos arquivos da cidade de Bragança, província de São Paulo (SILVA, 2019), demonstrou também que as práticas de castigos escravistas eram disseminadas, apesar da intervenção de autoridades municipais no que diz respeito a sua repressão. Na pesquisa, destaco o relato sobre o estado do escravo Balduíno de 25 anos, natural de Macaé, província do Rio de Janeiro, que perambulava pelas ruas de Bragança em estado lastimável. O delegado de polícia Antonio Pereira Paião, determinou a abertura de investigação criminal em maio de 1872 e encaminhou os autos ao promotor de justiça, que afirmou estar o escravo em estado deplorável em razão de aplicação do castigo de açoites e imposição do uso de ferro (SILVA, 2009, p. 142-143).

Foi realizado exame de corpo de delito no cativo, onde ficaram demonstradas as lesões corporais decorrentes de aplicação de açoites e marcas profundas nos joelhos e pernas decorrentes do castigo do tronco e de ferros. Este mesmo senhor, Antonio José da Luz e Silva, já havia sido acusado pelo promotor de justiça de ter enterrado outros dois escravos que morreram em decorrência de castigos imoderados decorrentes de aplicação de açoites e ferro, sendo estes fatos “públicos e notórios” nas palavras do promotor. Além desses dois, outro escravo tinha sido enterrado pelo senhor há menos de dois anos, foi aberta investigação criminal onde se confirmou a morte em decorrência de açoites (SILVA, 2009, p. 143).

Não constam informações sobre os outros processos relacionados aos escravos “enterrados” pelo senhor. Após o fim das investigações, constatadas as lesões no escravo Balduino decorrentes de castigos excessivos, o proprietário Antonio José da Luz e Silva foi acusado pela promotoria. O juiz acatou o libelo acusatório e entendeu que ele tinha ultrapassado os limites “da prudente faculdade de castigar”, determinando a prisão do acusado ou o pagamento de fiança no valor correspondente ao do escravo Balduíno (SILVA, 2009, 150-151).

Na pesquisa não constam informações sobre o julgamento final do caso e a sentença do júri de Bragança. Mas considerando que o mesmo senhor era apontado pela morte e maus tratos de pelo menos outros três escravos, não causaria surpresa a possível absolvição deste senhor em caso de julgamento pelo júri.

Nos processos analisados por Brighente (2019, p. 426-429) do município de Castro, província do Paraná, percebe-se que as autoridades policiais não costumavam investigar casos de castigos físicos que fossem considerados leves. Somente o caso dos maus tratos da escrava Benedita, do ano de 1862, chegou a ser investigado e levado a julgamento pelo júri. Os proprietários foram acusados de terem torturado a escrava, infligindo-lhe ferro quente nos braços, havendo em seu corpo longas cicatrizes decorrentes de provável aplicação de açoites. A escrava teve seu antebraço e joelhos mutilados e perdeu alguns dedos da mão direita. Após ouvida a Benedita, julgou-se procedente o corpo de delito e determinou-se a prisão dos proprietários, tendo-se iniciado o processo.

O caso mudou quando um juiz suplente passou a atuar no processo. A acusação que antes era do art. 205 passou a ser do art. 201 do Código Criminal, considerado lesões corporais leves e impedindo a prisão dos réus. A proprietária foi excluída da pronúncia, restando somente o proprietário como réu no processo. Ao final, o júri considerou que os castigos aplicados na escrava não eram excessivos e absolveu o réu das acusações (BRIGHENTE, 2019, p. 429-430).

Esses casos demonstram a existência de uma tensão no âmbito do direito sobre os sentidos que passaram a ter os castigos escravistas e a ideia da punição escravista construída pelos legisladores da década de trinta ao aprovarem o Código Criminal e a lei de 10 de junho de 1835. De um lado, uma interpretação mais conservadora, que defendia a legalidade dos castigos privados decorrentes das prerrogativas senhoriais e estabelecidas pelas leis. De outro lado, uma interpretação mais liberal da legislação, que passou a contestar a legalidade de todas as formas de punição escrava assentadas em distinções: pena de açoites, pena de morte sumária decorrente de lei de 1835, castigos privados.

Entretanto, cabe pontuar que, a despeito dos esforços de juristas e autoridades na condução de processos judiciais que denunciavam a prática de castigos excessivos, o júri, representativo de um modelo de justiça cidadã - modelo este que excluía os escravos desta categoria (DANTAS, 2009, p. 14 ss; NUNES, 2019, p. 154 ss), representava uma via de represamento de muitas acusações criminais¹⁰⁵, que assim como as acusações de castigos

¹⁰⁵ Para melhor compreensão sobre as dinâmicas do júri no império ver: FLORY, 1987; VELLASCO, 2004.

domésticos, redundavam num expressivo número de absolvições (MÜHLEN¹⁰⁶, 2018, p. 320-323; MARTINS, 2020, BRIGHENTE, 2020, p. 333 e ss).

Esta pesquisa se esforçou em demonstrar que longe de ser compreendido como uma vertente do direito costumeiro, a disciplina dos castigos escravistas foi relida pelo direito penal codificado do Império, inserindo-a no plano jurídico por meio do duplo nível de legalidade. Ou seja, ao construir a fórmula de justificação do art. 14, § 6º o legislador do império reconheceu a prática dos castigos, reforçando a sua legitimação legal, colocando a punição escravista dentro de um subnível de legalidade, onde as bases jurídicas estariam vinculadas ao costume, ao direito natural, ao direito canônico, que davam sustentação à legitimidade do direito de castigar dos senhores.

Portanto, antes de ser lido como uma disputa entre lei e costume, este trabalho se esforçou no sentido de compreender a punição escravista nas fazendas, nas Casas senhoriais, como um produto de um direito que derivava das prerrogativas do *pater familias* no seu âmbito doméstico. Este foi o esforço dos manuais de agricultura e, em certa medida, o esforço dos juristas que escreveram sobre a matéria e que tentaram conciliar os elementos do direito penal pós-iluminista dos códigos com as práticas jurídicas dos castigos domésticos, entendidas como um mal necessário ante a permanência da própria escravidão.

O resultado dos julgamentos pelo tribunal do júri redundava, na grande maioria dos casos, na absolvição dos senhores pela acusação de lesões corporais contra escravos, ante o reconhecimento da hipótese do “crime justificável” como causa excludente de ilicitude. Este pode ser um elemento de confirmação desse ideário jurídico escravista na sociedade brasileira, que lia a prática dos castigos domésticos como um direito, independente de constar nas leis do império ou não. A este respeito, é preciso lembrar que o próprio instituto da escravidão não constava nas “leis escritas” promulgadas no império, mas tinha sua legitimação no direito das gentes e nos costumes antigos que eram compreendidos como fontes do direito pela tradição jurídica do *ius commune*.

É certo que a demonstração da justificação jurídica desse direito de castigar não pode ser feita olhando somente pela ótica do direito pós-iluminista, espelhado na figura do código. O que o direito brasileiro operou com a construção da doutrina do art. 14, § 6º do Código Criminal, bem como por sua doutrina e jurisprudência, foi traduzir numa linguagem moderna

¹⁰⁶ Na pesquisa de Mühlen (2018, p. 323-325) sobre a comarca de São Leopoldo, província do Rio Grande do Sul na segunda metade do século XIX, os dados demonstram que a absolvição reinava nos resultados dos julgamentos dos processos pelo júri. Dos 157 processos que compõem o arquivo da comarca, 74% dos casos redundaram na absolvição dos réus e somente 11% dos processos resultaram em alguma espécie de condenação.

um direito já amplamente disseminado na cultura jurídica. Isto fica muito evidente quando analisamos os argumentos defendidos pelos manuais de agricultura publicados no liminar deste século, onde se defendiam as prerrogativas de disciplina e controle da mão de obra escrava a partir da lógica de um direito paternal.

O Código Criminal de 1830, ao disciplinar no art. 14, § 6º a “justificação” dos castigos escravistas, abriu um espaço importante de subnível de legalidade, disponível aos senhores escravistas na gestão privada de suas estruturas *oeconomicas*. E não foi somente no caso dos castigos escravistas, mas também na disciplina da pena de açoites (art. 60), na punição do crime de insurreição e, mais abertamente, na promulgação da lei de 10 de junho de 1835. Portanto, o duplo nível de legalidade se tornou uma realidade inerente à própria construção legislativa brasileira que, ao ter de enfrentar as emergências que envolviam a necessidade de controle e punição dos escravos, abriu importantes espaços para a operação de níveis de punição diferenciada com fim específico de controle penal dos escravos.

Estado e senhores escravistas tiveram prerrogativas concorrentes de punição ao longo do oitocentos. Isto não quer dizer que esta convivência foi sempre harmônica: os processos aqui relacionados demonstram a existência de tensões importantes entre esses dois âmbitos, quando se passou a contestar cada vez mais não somente a punição privada, mas abertamente todas as formas de punição escravista, com um viés de crítica abolicionista, ou seja, como uma estratégia de contestação à própria escravidão.

CONCLUSÃO

Na edificação do castelo de novidades jurídicas do século XIX, o escravo pode ser resumido pela figura do *espectro*. Este ser que pairava sobre as pessoas, as ideias e incomodava as mentes dos juristas, impedindo a realização de um sonho, era de fato um pesadelo com o qual políticos, juristas, fazendeiros e burocratas tiveram que enfrentar em suas noites tormentosas. Achille Mbembe (2019, p. 155) se utiliza desta metáfora, do espectro, do ser fantasmagórico, para explicar o lugar do negro no processo de construção da modernidade: era um *ser-à-partie*, estranho aos ideais de civilização e que deveria ser excluído da “esfera de cidadania humana plena”.

O processo legislativo brasileiro do Império possui uma singularidade: ao invés de se realizar a separação formal da legislação para homens livres e escravos, optou-se por “imiscuir” a escravidão no âmbito do projeto de legislação criminal do Império. É neste sentido que são direcionadas as críticas de Perdigão Malheiro quando afirma que “esta mancha negra [...] se estendeu á legislação do império”. A escravidão de certa forma diminuía o trabalho dos legisladores, responsáveis pela edificação de um exemplo de codificação para o mundo civilizado. Mas como conciliar civilização com a barbaridade das penas e dos castigos escravistas? Neste sentido são também inumeráveis as remissões à figura quase que mitológica do Código Negro – de Paula Souza a Teixeira de Freitas -, o único que seria capaz de conferir a integridade do direito nacional brasileiro, despido das imagens sujas e difíceis de serem explicadas, representativas da escravidão negra brasileira.

Na impossibilidade de legislar as regras escravistas numa legislação apartada, a operação realizada na mentalidade dos juristas oitocentistas tinha em vista uma ideia sem a qual seria difícil entender aquele direito: os escravos não estavam incluídos dentro do conceito de cidadania do Império, como um não-cidadão, despidos de qualquer status jurídico capaz de os integrar no mundo dos direitos civis e políticos, a estes a regra geral do direito que conferia garantias e direitos penais em sua plenitude não vigoraria. O campo jurídico da cidadania foi utilizado como um instrumento de negação dos direitos dos escravos, especialmente os direitos e garantias penais. Com esta ideia foi possível a construção de um duplo nível de legalidade: era necessário resguardar a integridade dos direitos penais alcançados pela comunidade política imperial e, ao mesmo tempo, efetivar a repressão e manter a ordem por meio da punição pública e da punição privada.

Os juristas não conseguiram escapar deste fantasma ante à grandiosidade do escravismo nacional. A quantidade de africanos importados entre as décadas de 1830 e 1850 (cerca de 800.000) delimitava o tamanho do problema: enquanto realidade social, a escravidão

era incontornável, e ela estava não só no cotidiano das fazendas, mas se espalhava pelas cidades, com escravos ao ganho vendendo produtos e oferecendo serviços, no ir e vir de cativos a mando ou acompanhados dos seus senhores executando desde as mais simples tarefas às mais complicadas, nas cozinhas e nas salas das Casas e palacetes, eram de fato as engrenagens que faziam a riqueza daquela sociedade.

Ao regular o direito dos senhores de castigar seus escravos, o Código Criminal de 1830 ofereceu uma forma simplificada de resumir o problema: a leitura inicial do art. 14, § 6º representa quase que omissão da legislação sobre a complexidade daquelas práticas e a sua força enquanto manifestação social. Diante disto, os manuais de agricultura mostravam a outra face deste direito, ao apresentarem disposições sem receios quanto a forma como os fazendeiros enxergavam o seu direito. O espectro que rondava pelas frestas daquela legislação avançada para a época aparecia nas disposições dos manuais de agricultura, com recomendações expressas aos feitores da forma como deveriam castigar, advertindo os limites da moderação e as funções dos castigos. Estes documentos ofereciam uma verdadeira teoria dos castigos escravistas, estabelecendo suas funções gerais e específicas: a ordem do eito e a disciplina das senzalas.

Já a doutrina jurídica dos manuais dos penalistas operava por uma linguagem indireta, escorregadia, tão ambígua e repleta de vaguezs quanto o reflexo da imagem desenhada no art. 14, § 6º: dizendo sem dizer, enunciando por meio de polissemias um direito que para todos daquela sociedade era simples como a direção dos rios e a chuva que caía pelos beirados das Casas. A propósito, os legisladores do Código Criminal, conhecedores das experiências legais do direito comparado, se apropriaram de elementos específicos constantes em algumas legislações, operando uma cirúrgica construção legislativa capaz de adentrar o mínimo possível nas relações domésticas entre senhores e escravos e ao mesmo tempo conferia o verniz da legalidade e legitimidade deste direito no âmbito do código.

Quem quiser compreender melhor os castigos escravistas, precisará olhar, assim, muito mais para os manuais de agricultura, ou mesmo para as imagens eternizadas nas aquarelas de Debret, onde os castigos nos pelourinhos erguidos nas praças se misturavam aos rituais de açoites privados, nas figuras de escravos perambulando pelas ruas com correntes e colares de ferro ostentadas em seus pés e pescoços, na simbologia da palmatória como instrumento de disciplina doméstica.

O controle penal oitocentista brasileiro atuava no sentido de esgaçar as suas malhas de extensão pouco a pouco, numa sociedade em que a figura da desordem ia ganhando contornos

mais evidentes, ante a constituição de uma significativa classe de gente livre pobre e perigosa, mas que também tinha que prestar contas aos direitos dos senhores de legislarem e fazerem cumprir as suas regras dentro do espaço privado, onde não admitiriam a intervenção do Estado.

Contra a desordem social representada pelas insurreições, pelos crimes contra os senhores e demais delitos públicos, o sistema de justiça criminal oitocentista dispunha de um importante instrumento de punição que se amoldava especificamente para punir os escravos. A fim de tornar efetiva essa forma diferenciada de controlar e dar concretude e coerência ao seu modelo ideal de punição o estabelecimento de um *duplo nível de legalidade* foi um meio viável de conciliar o direito penal da legalidade penal plena com o direito penal da legalidade mitigada das leis imperiais. A lei nº 4 de 10 de junho de 1835 foi o exemplo máximo deste modelo que se pautava na emergência e na excepcionalidade da medida a fim de atender fins excepcionais (ordem e segurança), de tão cruel e horrenda, caiu por seus próprios fundamentos num cenário de decadência do escravismo e de escassez de mão de obra.

Se para a manutenção da ordem pública do Império eram investidos os máximos esforços visando o controle da rebeldia escrava, que instrumentos um senhor deveria dispor para a manutenção da ordem nas fazendas, engenhos, enfim, nas Casas? O uso da violência legítima, sintetizada no direito de castigar se apresentou como um indispensável meio de manutenção da disciplina e da ordem doméstica. Por isso, foi também importante a disciplina do art. 14, § 6º do Código Criminal do Império, porque ela oferecia aos senhores uma causa que poderia livrar-lhes de aborrecimentos e condenações criminais decorrentes do exercício legítimo das suas prerrogativas senhoriais.

Ao avanço das ideias liberais e abolicionistas que passaram a contestar este direito no âmbito das agências da burocracia judiciária e policial, os senhores escravistas passaram a ter que lidar com investigações e acusações que contestavam o seu direito de castigar, duvidando da legitimidade da sua autoridade patriarcal. Contra esse avanço crescente da intromissão estatal, são reveladores os resultados dos processos criminais que conseguiram romper a barreira inicial e chegavam à apreciação do júri. As absolvições sistemáticas dos senhores acusados de castigarem excessivamente os seus escravos demonstram a mentalidade social de fundo sobre esta matéria: os castigos escravistas eram um instrumento aceito socialmente, utilizados como uma arma carregada na cintura pelos senhores a fim de garantir a sua defesa pessoal e de sua propriedade. A violência dos castigos representava a centralidade da própria violência enquanto um elemento de distinção daquela sociedade.

Para os juristas, aí poderia estar o sentido de ser tão complicado e difícil discorrer sobre o tema “melindroso”: dizia respeito à própria manutenção da ordem daquela sociedade extremamente hierarquizada, violenta e que se estruturava em bases patriarcais. Uma *respublica*, compreendida como a reunião de diversas famílias era a imagem com que os senhores, políticos e juristas olhavam para a ordem social do Império. Essas estruturas familiares (*oeconomicas*) asseguravam o justo exercício das jurisdições e das magistraturas doméstica pelo *pater*. Se intrometer nesses meandros era correr o risco de desagregar o próprio edifício em que tinha se sedimentado as bases da estrutura social.

O “absolutismo paterno” representa este espectro de poder difícil de se contestar e que, apesar dos esforços heróicos de alguns juristas e membros das burocracias estatais, mantinham a sua proeminência nos resultados dos julgamentos dos poucos casos que iam parar nas malhas da justiça. Quantas mortes, mutilações e sevícias de escravos não ficaram escondidas e enterradas nos quintais das fazendas, no seio das famílias, *inter parietes*, quanto sangue e quanta arbitrariedade ficaram estancados nos muros das Casas?

O Estado brasileiro do século XIX, pelo menos até o fim da escravidão, não foi capaz de conter os julgamentos dos “tribunaes caseiros” e a execução de suas sentenças. *O penal*, enquanto manifestação do poder paterno no âmbito doméstico era um oceano sobre o qual os diques que representavam as estruturas jurídicas do direito criminal do Império não tinham capacidade de contenção. Este é um aspecto fundamental que tentei abordar na presente pesquisa e que pretende abrir espaço para mais estudos que se centrem sobre este aspecto que às vezes pode passar despercebido da análise dos historiadores do direito.

Eram também no âmbito doméstico que estavam inseridos outros e outras personagens que precisam com urgência ganhar mais destaques nas pesquisas da história do direito: as mulheres (filhas e mães), os filhos como um todo, as escravas em específico que sofriam duplamente os efeitos da “condição servil” quando relegadas a instrumento de satisfação da lascívia dos senhores, dos agregados, das trabalhadoras domésticas, figuras estas que provavelmente continuarão a povoar os cômodos e as estruturas da Casa, com o redesenho das relações no pós-abolição, mas com a permanência dos mandonismos e dos patronatos. Revisitar este espaço é fundamental para a compreensão das estruturas jurídicas e sociais de um país que, apesar de oferecer desenhos de modernização de suas bases burocráticas e políticas, estava muito relacionado com o mundo do doméstico, com os poderes masculinos do patriarcalismo, com as distâncias sociais e as distâncias do Estado do que é possível imaginar. Um mundo marcado ainda pela extrema hierarquização social e pela desigualdade de gênero e racial.

REFERÊNCIAS

FONTES

Manuais de agricultura

ALMEIDA, Miguel Calmon Du Pin e (Marquês de Abrantes). **Ensaio sobre o fabrico do açúcar**. Salvador: FIEB, 2002 (Edição fac-similiar da obra publicada na Bahia, pela Typographia do Diário, em 1834).

FONSECA, Antonio Caetano da. **Manual do Agricultor dos generos alimenticios ou o methodo da cultura mixta destes generos nas terras cansadas**. Edição Laemmert: Rio de Janeiro, 1863.

TAUNAY, **Manual do Agricultor Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1839.

VERNEK, Francisco Peixoto de Lacerda (Barão do Paty e Alferes). **Memória sobre a fundação de huma fazenda na província do Rio de Janeiro: sua adhiministração e épocas em que se devem fazer as plantações suas colheitas, etc., etc**. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1847.

Tratados de economia cristã

ANTONIL, André João. **Cultura e opulência do Brazil, por suas drogas e minas**. Lisboa, 1711.

ARMINIO, Jorge Benci. **Economia christã dos senhores no governo dos escravos**. Roma, 1705.

ROCHA, Manuel Ribeiro. **Etíope resgatado, empenhado, sustentado, corrigido, instruído e libertado**. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.

Regimento que há-de guardar o Feitor-mor de engenho para fazer bem sua obrigação e desencarregar bem sua consciência e, pelo contrário, dará conta a Deus e ficará obrigado a restituição ao dono da fazenda. In: MELLO, José Antonio Gonçalves de. **Fontes para a história do Brasil holandês**. Recife: Fundação Pró-Memória, 1981.

Legislação Nacional e documentos do parlamento

BRASIL, **Constituição do Império do Brasil de 1824.**

BRASIL, **Código Criminal do Império** de 16 de dezembro de 1830.

BRASIL, **Código de Processo Criminal** do Império de 29 de novembro de 1832

BRASIL, **Lei nº 4 de 10 de junho de 1835.**

BRASIL, **Lei 581 de 4 de setembro de 1850.**

BRASIL, **Decreto nº 5.135, de 13 de novembro de 1872.**

BRASIL, **Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871.**

BRASIL, **Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871.**

BRASIL, **Lei nº 3.310 de 15 de outubro de 1886.**

BRASIL, **Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888.**

LARA, Silvia Hunold. **Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa.** 2000.

SENADO. A abolição no parlamento: 65 anos de luta. Volume I (1823-1883). 2ª Ed. Brasília, 2012.

Posturas Municipais

Código de Postura da Câmara Municipal de Desterro do ano de 1832 Aprovado pelo Conselho Geral da Província de Santa Catarina.

Postura de 3 de fevereiro de 1832 da Município de São Paulo.

Postura do Município de São Paulo, aprovada pelo Conselho Geral em 1º de fevereiro de 1833, publicada a 14 de março de 1833.

Código de Posturas da Ilustríssima Camara Municipal do Rio de Janeiro de 1854.

Código de Posturas Municipais de Santos de 1847.

Lei nº 775 de 1º de julho de 1866 do Maranhão estabelece as Posturas Municipais do município de São Luiz.

Posturas Municipais Amazonas. In: SAMPAIO, Patricia Melo (Org.). Posturas Municipais Amazonas (1838-1967). Manaus: EDUA, 2016

Legislação internacional

MELLO FREIRE, Pascoal José de. **Ensaio de código criminal, a que mandou proceder a Rainha fidelíssima D. Maria I de 1789**. Lisboa, 1823.

Code pénal de l'empire français. Edition conforme à celle de l'imprimerie impériale. Paris: Belin fils, 1810. Disponível em Gallica:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57837660?rk=21459;2>

Código Penal de Español. Decretado por las Cortes, em 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar em 9 de julio de 1822. Disponível em:

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5321939794&view=image&seq=9>

FOUCHER, Victor. **Code pénal général de l'empire d'Autriche**: avec des appendices contenant les règlements généraux les plus récents / traduit sur la dernière édition officielle par M. Victor Foucher. Paris: 1833. Disponível em Gallica:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426260m?rk=214593;2>

FOUCHER, Victor. **Lois de la procédure criminelle et lois pénales du royaume des Deux-Siciles** / traduites par Victor Foucher ; précédées d'un aperçu sur l'organisation et la compétence de l'ordre judiciaire de ce royaume, par le même. Paris: Joubert, 1836. Disponível em Gallica: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426262c?rk=257512;0>

LINVINGSTON, Eduawrd. **A System of Penal Law for the State of Louisiana**: Consisting of a Code of Crimes and Punishments, a Code of Procedure, a Code of Evidence, a Code of Reform and Prison Discipline, a Book of Definitions, Prepared Under the Authority of a Law of the Said State. J. Kay, Jun., 1833. Disponível em:

https://books.google.co.ao/books/about/A_System_of_Penal_Law_for_the_State_of_L.html?hl=pt-PT&id=bacwAAAAYAAJ&utm_source=gb-gplus-shareA

Doutrina jurídica

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editores Francisco Luiz Pinto e C., 1864.

ARAUJO, João Vieira de. **Codigo Criminal Brasileiro: commentario filosofico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada**. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889.

AZAMBUJA, Sousa Pinto e. **O codigo criminal explicado**: Analyse jurídica philosophica da carta de 16 de dezembro de 1830. Rio de Janeiro: Typographia de Guetyler, 1832

AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. **O Codigo Penal do Imperio do Brasil**. Recife: Typographia Commercial de Meira Re[ilegível], 1851.

CORDEIRO, Carlos Antonio. **Código criminal do Imperio do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia de Quirino e Irmão, 1861.

FALCÃO, José Anastácio. **Analyse do codigo criminal do Império do Brasil**. 1831.

FILGUEIRAS JUNIOR, Araujo. **Codigo criminal do Imperio do Brazil**: anotado com os actos dos poderes legislativo, executivo e judiciario, que tem alterado e interpretado suas disposic'o'es desde que foi publicado, e com o calculo das penas em todas as suas applicacoes por Araujo Filgueiras Junior, bacharel em direito. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Lammert, 1876.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **A consolidação das leis civis**. 2. ed. augmentada. Rio de Janeiro : E. & H. Laemmert, 1867.

PERDIGÃO MALHEIRO, Augusto Marques. **A escravidão no Brasil**: Ensaio jurídico-historico-social. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Codigo criminal do Imperio do Brazil anotado com leis, decretos jurisprudência**. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.

PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio. Rio de Janeiro : Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Código Criminal do Império do Brasil anotado com as leis, decretos, avisos e portarias**. Recife: 1858.

SILVA, Josino do Nascimento. **Codigo Criminal do Imperio do Brasil**: Augmentado com as leis, decretos, avisos e portarias que desde a sua publicação até hoje se teme axpedido, explicando, revogando ou alterando algumas de suas disposições. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Lemmert, 1862.

TOLEDO, Manoel Dias de. **Lições academicas sobre artigos do código criminal**: conforme foram explicadas na Faculdade de Direito de São Paulo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1878.

TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. **Codigo criminal do imperio do Brazil anotado**. 1886 [Ed. fac-sim. - Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

Obras

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **Traité de législation civile et pénale**, extraits des manuscrits de Jérémie Bentham. Bruxelles, 1840. Disponível em:
<https://books.google.com.br/books?id=MDFFAAAAcAAJ&pg=PA23&lpg=PA23&dq=%22pouvoir+domestique%22+bentham&source=bl&ots=W7IC6szEX-&sig=ACfU3U3lfUYbPamjdgBET7OUX13mJ2i5Lw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi08JqhipfxAhVcr5UCHaOdDwgQ6AEwCHoECACQAw#v=onepage&q&f=false>

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais**. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e legislação**/ MILL, Stuart. Sistema de lógica dedutiva e outros textos. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBERTO, Paulina L. **Liberta by Trade**: Negotiating the Terms of Unfree Labor in Gradual Abolition Buenos Aires (1820s-30s). In: *Journal of Social History*, Volume 52, Number 3, Spring 2019, pp. 619-651.

ALONSO, Angela. **Flores, votos e balas**: O movimento abolicionista brasileiro (1868-88). São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ANDRADE, Marcos Ferreira de. **Horrenda Exceptione**: Antecedentes da lei n. 4 de 10 de junho de 1835 e o levante dos escravos de Carrancas. In: DAL RI JR, Arno et al (Orgs). *História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa)*. Florianópolis: Habitus, 2020, pp 117-144.

ASSIS, Nancy Rita Sento Sé de. **Contra a pena de açoites**: De como instruir os ricos e persuadir o trono. In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: vol. 9, no.1, janeiro-abril, 2017, p. 21-39.

AZEVEDO, Elciene. **Orfeu de carapinha**. A trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo. Campinas: Editora da Unicamp, 1999.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: 2016.

BATISTA, Nilo. **Pena pública e escravismo**. In: NEDER, Gizlene (Org). *História e Direito: Jogos de encontros e transdisciplinariedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27-62.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República: Livro Primeiro**. São Paulo: Ícone, 2011.

BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. **A condição jurídica criminal do escravo no império do Brasil**: Um estudo a partir de Castro, Província do Paraná (1850-1888). Tese de Doutorado em Direito. UFPR: Curitiba, 2019.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Antonil jurista?** Uma contribuição à história da literatura jurídica no Brasil Colonial no século XVIII. In: *Fronteiras & Debates*. 2017 v4 n1. p 07-28.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Os jesuítas e a construção da ordem jurídica:** uma contribuição ao estudo da normatividade dos catecismos e confessionários na América Portuguesa (Séculos XVII-XVIII). In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Volume 39.2 — jul./dez. 2019, p 253-275

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial; Teatro de Sombras: a política imperial [2ª. edição]. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Relume/Dumará, 1996.

CANDIOTI, M. **“El tiempo de los libertos”:** conflictos y litigación en torno a la ley de vientre libre en el Río de la Plata (1813-1860). In: *História (São Paulo)* v.38, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** A elite política imperial/Teatro das sombras: a política imperial. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CLAVERO, Bartolomé. **Instituição histórica do direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

COELHO, Fernando Nagib Marcos. **Tipos normativos e separação dos poderes:** a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840). Tese. Programa de Pós Graduação em Direito/UFSC. Florianópolis, 2016.

COLAO, Floriana. **Apontamentos sobre o direito penal político na Itália entre os séculos XIX e XX.** In: Anais do encontro “A Construção do Direito Penal e do Processo Penal Modernos”. Florianópolis: Ius Commune/UFSC, 2008. Disponível em: <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Apontamentos-sobre-o-direito-penal-poli%CC%81tico-na-Ita%CC%81lia-entre-.pdf> Acesso em: 17/03/2021.

COSTA, Pietro. **Estado de Direito e direitos do sujeito:** o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo & Seelaender, Airton Cerqueira Leite (Orgs.) *História do Direito em Perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade - Biblioteca de História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia:** ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro. **A pena de morte entre passado e presente.** In: DAL RI JR, Arno *et al* (Orgs.) *História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa)*. Florianópolis: Habitus, 2020, pp 49-58.

DAL RI Jr., Arno. **O Estado e seus inimigos:** A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DAL RI JR, Arno. **A construção do crime contra a autoridade do Estado no discurso iluminista.** In: DAL RI JR, Arno *et al* (Orgs.). *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 117-153.

DAL RI JR, Arno. **O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira:** Usos e representações do Estado Novo à Ditadura Civil-Militar (1935-1985). In: DAL RI JR, Arno et al (Orgs). História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa). Florianópolis: Habitus, 2020, pp 117-144.

DANTAS, Monica Duarte. **O código do processo criminal e a reforma de 1841:** dois modelos de organização do Estado (e suas instâncias de negociação). Conferência apresentada junto ao IV Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito – Autonomia do direito: configurações do jurídico entre a política e a sociedade. São Paulo: Faculdade de Direito/ USP, 2009 (versão para discussão). Disponível em: https://www.academia.edu/261657360_Código_de_Processo_Criminal_e_a_reforma_de_1841_dois_modelos_de_organização_do_Estado_e_suas_instâncias_de_negociação_The_1832_Code_of_Criminal_Procedure_and_its_1841_Reform_between_different_models_of_State_organization

DANTAS, Monica Duarte. **Dos *statutes* ao código brasileiro de 1830:** O levante de escravos como crime de insurreição. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 172 (452):273-309, jul./set. 2011a.

DANTAS, Monica Duarte. **Introdução.** In: DANTAS, Monica Duarte (Org.). Revoltas, motins, revoluções: homens livres e a libertos no Brasil do século XIX. São Paulo. Alameda, 2011b.

DANTAS, Monica Duarte. **Da Louisiana para o Brasil:** Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). Jahrbuch das Geschichte Lateinamerikas, 52, 2015.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **Ideologia liberal e construção do Estado.** In: A Interiorização da Metrópole e Outros Estudos. Rio de Janeiro: Alameda, 2005.

DIAS PAES, Mariana Armond. **Escravidão e direito:** o estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888). São Paulo: Almedina, 2019.

FLORENTINO, Manolo; GÓES, José Roberto. **A paz das senzalas:** famílias, escravas e tráfico atlântico, Rio de Janeiro, c. 1790-c 1850. São Paulo. Editora Unesp, 2017.

FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial.** México: Fondo Del Cultura Económica, 1986

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. In: Research paper series: Max Planck Institute for European Legal History. N 2015-09. Frankfurt, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682465 Acesso: 04/04/2021.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX.** In: NEDER, Gizlene (Org). História e direito: jogos de encontros de transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 109-128.

GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. “**Em trajes brasileiros**”: **Justiça e constituição na América Ibérica (C. 1750-1850)**. In: Revista de História. São Paulo, Nº 169, p. 181-221, Julho /Dezembro 2013.

GOULART, José Alípio. **Da palmatória ao patíbulo: castigos de escravos no Brasil**. Rio de Janeiro: Conquista, 1971.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

GRINBERG, Keila. “**The Two Enslavements of Rufina: Slavery and International Relations on the Southern Border of Nineteenth Century Brazil**” na *Hispanic American Historical Review*, 96:2, p. 259-290, maio de 2016.

GRINBERG, Keila, SALLES, Ricardo, BORGES, Magno Fonseca. **Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico**. In: GRINBERG, Keila, SALLES, Ricardo (Orgs). *O Brasil imperial: Volume I (1808-1831)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

GRINBERG, Keila. Castigos físicos e legislação. In: GOMES, Flavio dos Santos e SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Da “iustitia” à “disciplina”. Textos, poder e política penal no Antigo Regime**. In: _____ (org.). *Justiça e Litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa**. In: *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. N. XLI 41, 2012, Milano. P 101-134.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro**. In: *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. N. XXXV (35), 2006, Milano. P 59-81.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Como os juristas viam o mundo (1550-1750): direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes**. Lisboa, 2015.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis, Fundação José Boiteux, 2005.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O “direito das índias” no contexto da historiografia das colonizações ibéricas**. In: *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Berlim: 2016, p. 43-83. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25729#preview>

HESPANHA, Antonio Manuel. **O modelo moderno do jurista perfeito**. In: *Tempo* vol.24 no.1 Niterói Jan./Apr. 2018, p. 59-88.

HOLLOWAY, Thomas. **O calabouço e o aljube do Rio de Janeiro no século XIX**. In: NUNES, Clarissa; NETO, Flávio; COSTA, Marcos & BRETAS, Marcos (Orgs). *História das prisões no Brasil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009, pp. 253-281

HORN, Manuela Bittar. **O duplo nível de legalidade e os crimes contra a economia popular no direito penal autoritário: Itália fascista x Estado Novo brasileiro (1927-1945)**. Dissertação de Mestrado. PPGD/UFSC. Florianópolis: 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107095>.

KOERNER, Anderi. **Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX**. In: Lua Nova, São Paulo, 68: 205-242, 2006.

LACHÈ, Luigi. **A sombra da lei: o Tribunal Especial para a Defesa do Estado entre a justiça e a política na Itália fascista**. In: DAL RI JR, Arno *et al* (Orgs). *História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa)*. Florianópolis: Habitus, 2020, pp 161-182.

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

LIMA, Henrique Espada. **Sob o domínio da precariedade: escravidão e os significados da liberdade de trabalho no século XIX**. In: Topoi, v. 6, n. 11, jul-dez 2005, pp 289-326.

MARQUESE, Rafael de Bivar. **Introdução**. In: TAUNAY, Carlos Augusto. *Manual do Agricultor Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

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

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

MAMIGONIAN, Beatriz G. **Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MAMIGONIAN, Beatriz G.; GRINBERG, Keila. **Le crime de réduction à l'esclavage d'une personne libre (Brésil, XIXe siècle)**. *Bresil(s)*, 11, 2017.

MARTINS, Lídia Gonçalves. **Do “juiz policial” ao “policial juiz”**: O exercício da justiça criminal em Mariana a partir dos processos envolvendo escravos (1830-1888). In: *Caminhos da História*. v. 25, n.1 (jan./jun.2020). Disponível em: <https://doi.org/10.38049/issn.2317-0875v25n1p.88-114> Acesso: 06/07/2020.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. **O tempo Saquarema**. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1987.

MATTOS, Hebe. **Das cores do silêncio: os significados de liberdade no Sudeste escravista**. 3ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

MECCARELLI, Massimo. **Regimes jurídicos de exceção e sistema penal**: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: Anais do encontro “A Construção do Direito Penal e do Processo Penal Modernos”. Florianópolis: Ius Commune/UFSC, 2008. Disponível em: <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Regimes-juri%CC%81dicos-de-excec%CC%A7a%CC%83o-e-sistema-penal-Massimo-Meca.pdf> Acesso em 17/03/2021.

MECCARELLI, Massimo. **Dissenso político e expansão do sistema penal**: uma análise comparada sobre os regimes de legalidade na Itália e na França ao fim do século XIX. In: Anais do evento “Encontros de História do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina: História do Direito Penal na modernidade”. Florianópolis: Ius Commune/UFSC, 2009. Disponível em: <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Massimo-Meccarelli.pdf> Acesso: 17/03/2021.

MECCARELLI, Massimo. O penal e a determinação da justiça na Europa do *ius commune*. In: Anais do Congresso “ORDENAMENTOS JURÍDICOS E A DIMENSÃO DA JUSTIÇA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA MODERNA E CONTEMPORÂNEA: DIÁLOGO ENTRE HISTÓRIA, DIREITO E CRIMINOLOGIA”. Florianópolis: Ius Commune/UFSC, 2010. Disponível em: https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/ORDENAMENTOS-JUR%CC%8DDICOS-E-A-DIMENS%CC%83O-DA-JUSTI%CC%87A-NA-EXPERI%CC%8ANCIA-JUR%CC%8DDICA-MODERNA-E-CONTEMPOR%CC%82NEA_-Di%CC%A1logo-entre-Hist%CC%B3ria-Direito-e-Criminologia.pdf Acesso: 04/07/2021.

MOTT, Luiz. **Tortura de escravos**. In: MOTT, L. *Bahia*: inquisição e sociedade [online]. Salvador: EDUFBA, 2010. 294p. ISBN 978-85-232-0580-5. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra o Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2013.

MÜHLEN, Caroline von. **Atuação e funcionamento da Justiça no Brasil Imperial**: o caso do Tribunal do Júri de São Leopoldo/RS. In: Anos 90, Porto Alegre, v. 25, n. 47, p. 305-338, jul. 2018.

MUNIZ, Flávio Junio Neres. **Nas tramas da justiça**: sociabilidades e resistências de escravizados na Uberaba oitocentista. Dissertação de Mestrado em História. UFU: Uberlândia, 2020.

NEQUETE, Lenine. **Os açoites: castigo e pena**. In: Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 40, N. 170 Out-Dez, 1987, p. 3-28.

NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935/1945)**: Do Direito Penal Político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. Dissertação de mestrado. PPGD/UFSC. Florianópolis: 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/93750>

NUNES, Diego. **Processo legislativo para além do parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 2930 e brasileiro de 1940.** Sequência (UFSC), v. 37, p. 153-180, 2016.

NUNES, Diego. **The “Code Pénal” in the Itinerary of the Criminal Codification in America and Europe: “Influence” and Circularity of Models.** In: MASFERRER, Aniceto. *The Western codification of Criminal law - A revision of the Myth of its Predominant French Influence.* Heidelberg, New York, London: Springer, 2018.

NUNES, Diego. **Codificação, recodificação, descodificação?** Uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil imperial a partir do código de processo criminal de 1832. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 74, p. 135-166, 2019.

NUNES, Diego; SIROTTI, Raquel; SONTAG, Ricardo. **Para uma história do direito penal e do direito processual penal.** In: Leonardo Schmitt de Bem. (Org.). *Estudos de Direito Público: aspectos penais e processuais.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 23-24.

NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo. As “irrequietas leis de segurança nacional”: A ausência dos crimes contra a segurança nacional no Código Penal brasileiro de 1940. In: DAL RI JR, Arno et al (Orgs). *História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa).* Florianópolis: Habitus, 2020, pp 215-248.

PAULO, Alexandre Ribas de. **O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro.** In: DAL RI JR, Arno. *Iluminismo e direito penal.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

PENA, Eduardo Spiller. **Pagens da casa imperial: juriconsultos, escravidão e a lei de 1871.** Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. **Senzala Insurgente: malungos, parentes e rebeldes nas fazendas de Campinas (1832).** Campinas: Editora da Unicamp, 2011.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. **O castigo senhorial e a abolição da pena de açoites no Brasil: Justiça, imprensa e política no Século XIX.** In: *Revista História*, n.176. São Paulo: 2017, p 1-34.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. **A lei de 10 de junho de 1835: justiça, escravidão e pena de morte.** Tese de doutorado. Campinas: Unicamp, 2012.

RADÜNZ, Roberto. **“Se o castigo não é moderado, ha excesso que a lei pune”:** uso de processos-crime em sala de aula. In: *História Unisinos*. Vol. 24 N° 1 - janeiro/abril de 2020, p. 135-148.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O direito a ações imorais: Paul Johann Anselm von FeuerBach e a construção do moderno direito penal.** São Paulo: Almedina, 2012.

RAMOS, Artur. **A aculturação negra no Brasil.** Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1942.

RANGEL, Alan Wruck Garcia. **Metamorfoses conceituais do direito de correção** (da tradição romano-canônica à doutrina moderna). Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 45-69, jan./jun. 2020.

RANGEL, Alan Wruck Garcia. **Notas sobre os limites ao exercício do direito de correção paternal no Antigo Regime**. Revista Direito GV, São Paulo 9(2) - P. 615-634 - JUL-DEZ 2013.

REIS, João José. **Quilombos e revoltas escravas no Brasil**. In: Revista USP. Nº 28 DEZ/FEV 95-96. São Paulo, p. 14-39.

REIS, João José. **Rebelião escrava no Brasil: A história do levante dos malês em 1835**. 3ª ed. São Paulo: Companhia da Letras, 2012.

REIS, João José. **Revoltas escravas**. In: GOMES, Flavio dos Santos e SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, João Luiz. **No meio das galinhas as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835, os escravos e a pena de morte no império do Brasil: 1822-1889**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Yanê Lopes dos. **Que lancem todos os dias os nomes, empregos e mais sinais: circulação escrava e tentativas de controle estatal nas leis municipais do Rio de Janeiro e de Havana na década de 1830**. In: Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro. N. 9, 2015, p. 31-47. Acesso em 12/10/2020: <http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/que-lancem-todos-os-dias-os-nomes-empregos-e-mais-sinais-circulacao-escrava-e-tentativas-de-controle-estatal-nas-leis-municipais-do-rio-de-janeiro-e-de-havana-na-decada-de-1830/>

SBRICCOLI, Mario. **La penalística civile: Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita**. In: SBRICCOLI, M. Storia del diritto penale e della giustizia. 2 vol. Milano: Giuffrè, 2009, item 5, p. 493-590.

_____. **Justiça criminal**. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 17/18 (2011), p. 459-467;

_____. **Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emergência do problema penal** (Traduzido por Ricardo Sontag). Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. **A longa sombra da casa: poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileiro do Antigo Regime à modernidade**. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178(473): 327-424, jan./mar. 2017.

_____. **“Economia civil” e “Polícia” no ensino do “Direito Pátrio” em Coimbra: Notas sobre as “Prelecções” de Ricardo Raymundo Nogueira**. In: Tempo [online]. 2011, vol.17, n.31, pp.35-64. ISSN 1413-7704. Acesso em 12/10/2020: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-7042011000200003&lng=pt&tlng=pt

_____. **Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais.** In: Sequência. V 27 n 53. Florianópolis: 2006, p 197-232. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15101> Acesso: em 12/10/2020.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011;

SILVA, Jacinto da. **No tempo da escravidão: experiência de senhores e escravos em Bragança Paulista (1871-1888).** Dissertação de Mestrado em História. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

SILVA, Lucia Helena Oliveira; e XAVIER, Regina Celia Lima. **Pensando a Diáspora Atlântica.** In: História vol. 37, Assis/Franca: 2018 Epub Sep 17, 2018. Acesso em 12/12/2020 (Dossiê Escravidão e Liberdade na Diáspora Atlântica): https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-0742018000100201&tlng=pt

SILVA, Cristina Nogueira da. **Escravidão e direitos fundamentais no século XIX.** In: Africana Studia, Nº14, Lisboa: 2010 - Edição do Centro de Estudos Africanos da Universidade do Porto, p 231-254.

SILVA, Gabriel Videira. **Terrorismo e duplo nível de legalidade na cultura jurídico-penal brasileira: da doutrina da segurança nacional à guerra ao terror.** Dissertação de mestrado. PPGD/UFSC. Florianópolis: 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/132952/333392.pdf>

SLEMIAN, Andréa. **Sob o Império das Leis.** Constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834). São Paulo: Hicitec / Fapesp, 2009.

SLENES, Robert W. **Na senzala, uma flor: esperanças e recordações na formação da família escrava.** 2ª ed. Campinas: Editora Unicamp, 2011.

SONTAG, Ricardo. **'Excepção única á civilização cristã': o problema dos açoites na literatura jurídico-penal brasileira (1824-1886).** QUADERNI FIORENTINI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO, v. 49, p. 375-417, 2020.

SONTAG, Ricardo. **'Curar todas as moléstias com um único medicamento': os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890).** Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro, v. 177, p. 45-72, 2016.

SOLIMANO, Stefano. **Aspectos da história das codificações modernas: conexões entre a dimensão ideológica do penal e os regimes de legalidade.** In: DAL RI JR, Arno *et al* (Orgs). História do direito penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa). Florianópolis: Habitus, 2020, pp 59-82.

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

WEHLING, Arno. **Uma solução setecentista ousada e inovadora para a escravidão no Brasil**. *História* (São Paulo) v.34, n.2, p. 146-164, jul./dez. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

VELLASCO, Ivan de Andrade. **O juiz de paz e o Código do Processo: vicissitudes da justiça imperial em uma comarca de Minas Gerais no século XIX**. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/17173626.pdf>.

VELLASCO, Ivan de Andrade. **As seduções da ordem: violência, criminalidade e administração da justiça Minas Gerais, século 19**. São Paulo: EDUSC, 2004.

VELLASCO, Ivan de Andrade. **A cultura da violência: os crimes na Comarca do Rio das Mortes – Minas Gerais Século XIX**. In: *Tempo*, Rio de Janeiro, nº 18, pp. 171-195.

TARELLO, Giovanni. **Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos**. In: *Meritum* – Belo Horizonte – v. 3 – n. 2 – p. 05-31 – jul./dez. 2008.

TARELLO, Giovanni. **O problema penal no século XVIII**. In: DAL RI JR., Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do Direito Penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

ZAMORRA, Romina. **Casa poblada e buen gobierno: oeconomia católica e servicio personal em San Miguel de Tucumán, siglo XVIII**. Buenos Aires: Prometeu Libros, 2017