

## O escravo ante a lei civil, e fiscal

Agostinho Marques Perdigão Malheiros

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

MALHEIROS, AMP. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1866, vol.1. O escravo ante a lei civil, e fiscal. pp. 22-105. ISBN: 978-85-7982-072-4. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.



All the contents of this chapter, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste capítulo, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de este capítulo, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

# CAPÍTULO III.

## O ESCRAVO ANTE A LEI CIVIL, E FISCAL.

### SEÇÃO 1.<sup>a</sup> — GENERALIDADES.

#### Art. I. — *Origem da escravidão.*

##### §17.

A escravidão antiga achava sua escusa no direito do vencedor em guerras internacionais. Foi (pretendem) um progresso no direito das gentes da antigüidade conservar a vida ao prisioneiro inimigo, a quem se julgava ter direito de matar, sujeitando-o em compensação ao cativo e domínio do vencedor(138). Este mesmo fundamento foi mais tarde formalmente reprovado pelo próprio legislador, que não só qualificou a escravidão de contrária à natureza (*contra naturam*), mas de introduzida pela ferocidade dos inimigos (*ferocitate hostium*), como se lê em vários pareceres dos Jurisconsultos Romanos e em leis Imperiais(139).

##### §18.

Introduzida a escravidão entre os Povos desde a mais remota antigüidade(140) por diversos fundamentos, dos quais todavia a guerra foi o principal, e existindo ela infelizmente também em a nossa sociedade, embora sem causa que a possa escusar(141), resta saber qual o direito que rege as relações dos escravos entre si, com seus senhores, e com terceiros, quanto

aos direitos e obrigações civis e naturais, verdadeiro Dédalo, em que a própria legislação Romana (a fonte mais abundante e rica de disposições a respeito) tantas vezes flutuou contraditória e incerta, rompendo quase sempre contra as regras gerais. Por modo que se pode dizer que as leis que regem essas relações são todas de exceção ao Direito Civil Comum(142).

Art. II. — *Modos de ser escravo.*

§19.

Os Romanos, no Direito antigo, reconheciam por modos legítimos(143) de cair em escravidão: 1.º a guerra, com tanto que do direito das gentes(144); 2.º deixar algum cidadão de se inscrever no censo lustral, a que se procedia em todos os quinquênios; era vendido como escravo público(145); 3.º o roubo em flagrante; o ladrão (*fur manifestus*) era açoitado e entregue como escravo ao ofendido(146); 4.º a insolvabilidade do devedor; podia este ser vendido para fora (*trans Tiberim*), como escravo, pelo credor(147); 5.º deixar-se alguém vender como escravo contra a proibição da lei(148), a fim de fraudar o comprador; verificando-se, porém, a idade maior de 20 anos, e outras muitas cláusulas, sem as quais não caía em escravidão(149); 6.º entreter mulher livre relações ilícitas ou *contubernium* com escravo; e advertida três vezes pelo senhor deste, não abandonasse tais relações(150); 7.º a servidão da pena, em que incorriam os condenados à pena de morte ou últimos suplícios; ficção da lei Porcia para que o cidadão Romano, que aliás como tal não podia ser açoitado nem sofrer a pena de morte, pudesse sofrê-la(151); 8.º o nascimento; pelo qual o filho da escrava, seguindo a sorte do ventre, era escravo(152); 9.º a ingratidão do liberto; dada a qual, e obtida sentença, era ele de novo reduzido ao antigo cativo(153).

Alguns desses modos foram caindo em desuso, outros

foram expressamente abolidos em diversas datas, e sobretudo por Justiniano, o grande reformador da legislação Romana, o propugnador mais acérrimo da causa da liberdade(154).

Adriano já havia proibido, por iniqua e contrária à beleza do Direito, a convenção pela qual os filhos de mulher livre pudessem ser escravos do senhor do pai(155). Justiniano aboliu inteiramente a 2.<sup>a</sup> parte do S. C. Claudiano, deixando apenas ao senhor o direito de castigar o escravo que entretivesse relações com mulher livre(156). Foi ainda Justiniano quem aboliu definitivamente a escravidão da pena(157). Leão o sábio revogou a 1.<sup>a</sup> parte do S. C. Claudiano, limitando-se a fazer punir por outra forma os culpados(158).

## §20.

Este progresso em semelhante matéria aumentou com a civilização moderna e espírito do Cristianismo. De sorte que o prisioneiro nas guerras, v. g., deixou de ser reduzido à escravidão; a guerra não se reputou mais uma fonte legítima, como de algum modo já o havia reconhecido o grande Justiniano na L. un. Cod. de S. C. Claud, toll., atribuindo semelhante princípio à ferocidade dos inimigos(159).

## §21.

A nossa legislação antiga dá idéia, porém, de que inimigos eram reduzidos a cativo(160); tais como os Mouros ou infiéis nas guerras com Cristãos, e em represália do cativo a que eles reduziam os prisioneiros Cristãos(161). Bem como dá notícia de escravos *brancos*, e havidos em mais estimação do que os *negros*(162).

Faz ainda menção de *servidão da pena*, e de *perda da liberdade*(163).

Mas nada disto tem hoje aplicação, mesmo em nosso Direito atual.

## §22.

De sorte que, embora insustentável a escravidão que entre nós existe e se mantém<sup>(164)</sup>, por não provir senão da fonte a mais reprovada (qual a violência de haverem arrancado os miseráveis Africanos às suas terras, e reduzido por lucro e ganância a escravos), tolerado o fato pelas leis em razão de ordem pública, só resta por nosso Direito atual o *nascimento* como fonte de escravidão<sup>(165)</sup>.

## §23.

O princípio regulador é que — *partus sequitur ventrem* —, como dispunha o Dir. Romano<sup>(166)</sup>. Por forma que — o *filho da escrava nasce escravo* —; pouco importando que o pai seja livre ou escravo<sup>(167)</sup>.

## §24.

Mas a que época se deve atender para esse fim? à da concepção, à do nascimento, à do tempo da gestação? — O Direito Romano vacilou por muito tempo. A princípio olhou-se à data do nascimento; de sorte que era livre ou escravo o filho, conforme a mãe o era também nessa época<sup>(168)</sup>; Decidiu-se mais tarde que, se a mãe era livre ao tempo da concepção, o filho o devia igualmente ser, ainda que ao do nascimento fosse ela escrava<sup>(169)</sup>. Por último, que, ainda que ela fosse escrava ao tempo da concepção e do parto, o filho seria livre, se a mãe durante a gestação foi livre<sup>(170)</sup>.

Conseqüentemente devemos assentar como regra a seguir entre nós — *que, se a mãe é livre em qualquer tempo, desde a concepção até o parto, o filho nasce livre e ingênuo,*

*ainda que ela em qualquer dessas épocas seja ou fosse escrava*(171).

Esta doutrina é de Direito subsidiário, de boa razão, e perfeitamente de acordo com o espírito e disposições gerais de nosso Direito em semelhante matéria: e aceita pelos nossos Praxistas.

## §25.

Casos há, porém, em que, não obstante escrava a mãe durante todo esse tempo, e em que portanto devera o filho nascer escravo, ele é todavia livre e ingênuo. — Tal é, v. g. o de ser seu pai o próprio senhor de tal escrava. A Ord. L. 4º Tit. 92 pr. assim se deve entender nas palavras finais — *se por morte de seu pai ficar forro* —; porque repugna ao Direito Natural que alguém possua como seu cativo seu próprio filho(172), nem as nossas leis isto permitem desde que negam o direito de vendê-los, e implicitamente o domínio(173), nem já o consentia o Direito Romano, desde Diocleciano, proibindo vender os filhos e negando propriedade sobre eles(174).

Esta exceção procede evidentemente também em toda a ordem dos descendentes(175).

Assim como se deve ampliar a outros casos, como sejam descendentes por afinidade, ascendentes consangüíneos ou afins, colaterais conhecidamente tais sobretudo próximos (irmãos v. g.), cônjuge(176).

## Art. III. — *Estado. — Família.*

## §26.

O escravo subordinado ao *poder* (potestas) do senhor, e além disto equiparado às *cousas* por uma ficção da lei enquanto

sujeito ao *domínio* de outrem, constituído assim objeto de propriedade, *não tem personalidade, estado*(177). *É pois privado de toda a capacidade civil*(178).

## §27.

Mas o próprio Direito Romano, com quanto a princípio desse ao senhor toda a latitude no exercício desse direito até ao ponto extremo de poder impunemente aniquilar essa propriedade — *escravo* —, restringiu sucessivamente tal exercício, reconhecendo assim que no escravo havia outra coisa mais do que um objeto de propriedade, que ele não era rigorosamente uma *cousa* como os irracionais, que no escravo havia um *homem*(179), uma *pessoa* mesmo(180). — Na distribuição das matérias do Direito, os Jurisconsultos e o próprio imperador Justiniano dividiram *as pessoas* em *livres* e *escravos* (*summa divisio*), reconhecendo que a respeito destes haviam disposições que não podiam ser remetidas para os títulos ou Parte — *Das cousas* (de jure rerum), e deviam necessariamente caber à Parte — *Das pessoas* (De jure personarum), como se lê em Gaio, e outros(181). — É digno ainda de notar-se que, em muitos atos se devia ter, para efeitos civis, em atenção no escravo a sua qualidade de *homem, de ser inteligente, e livre*(182).

## §28.

É essencial e da maior importância ir firmando estas idéias; porquanto teremos ocasião de ver que, em inúmeros casos se fazem exceções às regras e leis gerais da propriedade(183) por inconciliáveis com os direitos ou deveres do *homem-escravo*, com os princípios de humanidade, e naturais. E assim veremos que é, de um lado, errônea a opinião daqueles que, *espíritos fortes*, ainda que poucos, pretendem entre nós aplicar cegamente e sem critério ao escravo todas as disposições gerais sobre a propriedade, bem como, de outro

lado, não o é menos a daqueles que, levados pela extrema bondade do seu coração, deixam de aplicar as que devem sê-lo; apesar de que, em tal matéria, é menos censurável o procedimento dos últimos. — Em todas as questões, sobretudo e com especialidade nas que se referem ao *estado* de livre ou escravo, deve-se temperar com a maior equidade possível o rigor das leis gerais, sem todavia ofender um direito certo, líquido, e incontestável de propriedade, resguardando-o tanto quanto seja compatível com a garantia e favor à liberdade. Nesta conciliação está toda a dificuldade(184).

### §29.

O Direito Romano já havia reconhecido e firmado o princípio de que — o *escravo não tinha nem tem família*(185); entre escravos não havia, em regra, *casamento*, apenas *contubernium*(186), união natural ou de fato; nem *parentesco*; nem *poder marital*, ou *pátrio*(187).

Mas nisto mesmo a lei abria exceções. Se libertos pretendiam casar, o parentesco em certos graus impedia(188). O que foi ampliado à aliança natural acima referida(189).

Outras leis ainda reconheciam esse parentesco, e o respeitavam mesmo para efeitos civis, v. g. de se não separarem os filhos dos pais, os maridos das mulheres, os irmãos(190); assim como em relação a outros atos em bem da *família servil*(191).

Leão, o sábio, introduziu a mais importante reforma, mantendo indissolúveis os casamentos entre escravo e pessoa livre, e mesmo de escravos entre si quando algum viesse a ser liberto(192).

### §30.



Entre nós, infelizmente, os escravos vivem em uniões ilícitas, por via de regra, tanto os do serviço urbano como os do rural; entregues, por conseguinte, à lei da natureza ou à devassidão. Em algumas partes, é verdade confessar, sobretudo entre os lavradores, não é raro verem-se famílias de escravos, marido, mulher, filhos.

A Igreja, ante a qual todos são iguais(193), sanciona e legitima esses matrimônios(194), embora por séculos fosse a escravidão impedimento dirimente do casamento(195).

O Direito Civil, porém, quase nenhuns efeitos, em regra, lhes dá(196), com quanto reconheça o fato e o sancione implicitamente pela recepção das leis da Igreja(197). Continuam marido, mulher e filhos a ser propriedade do senhor(198).

As modificações mais importantes, quanto a esses efeitos, só podem dar-se, quando sobrevém alforria voluntária ou legal, como teremos ocasião de ver, e já o prevenimos acima. O cônjuge liberto poderia resgatar a liberdade da família (mulher e filhos), e assim adquirir todos os direitos respectivos em sua plenitude(199).

#### Art. IV. — *Propriedade. — Pecúlio.*

##### §31.

*O escravo nada adquiria, nem adquire, para si; tudo para o senhor.* Tal era o princípio do Direito Romano(200); fossem direitos reais, desmembrações da propriedade, créditos, legados, herança, posse, ainda que sem ciência e consentimento do senhor(201).

##### §32.

Entre nós tem sido recebida e praticada aquela regra,

sem que todavia se hajão admitido todos os modos de aquisição sancionados por aquele direito, já porque alguns são fundados em sutilezas e razões peculiares do povo Romano, e portanto inaplicáveis ao nosso estado, já porque outros são exorbitantes e contrários a princípios de nossa legislação e direito consuetudinário(202); termos em que tais leis Romanas não podem ser adotadas como direito subsidiário.

### §33.

Por exceção, porém, adquiria o escravo para si em vários casos, v. g. legado de alimentos(203), o pecúlio(204).

Pecúlio diz-se tudo aquilo que ao escravo era permitido, de consentimento expresso ou tácito do senhor, administrar, usufruir, e ganhar, ainda que sobre parte do patrimonio do próprio senhor(205).

Mas, em regra, era-lhe proibido dispor(206); exceto o *escravo público* ou da Nação, que podia por testamento dispor de metade do pecúlio(207), direito que foi no Império do Oriente ampliado por lei de Leão o Sábio, que concedeu aos escravos do domínio Imperial a faculdade de disporem livremente em vida ou por morte de todo o seu pecúlio(208).

A legislação Romana fornece neste assunto cópia preciosa de subsídio ao nosso direito(209).

### §34.

Entre nós, nenhuma lei garante ao escravo o pecúlio; e menos a livre disposição sobretudo por ato de última vontade, nem a sucessão, ainda quando seja escravo da Nação(210).

Se os senhores toleram que, em vida ou mesmo causa mortis, o façam, é um fato, que todavia deve ser respeitado(211).

No entanto conviria que algumas providências se tomassem, sobretudo em ordem a facilitar por esse meio as manumissões e o estabelecimento dos que se libertassem(212).

Os nossos Praxistas referem mesmo como aceitos ou aceitáveis alguns princípios a esse respeito. Alguns casos de pecúlio dos escravos se acham assim compendiados em o Universo Jurídico do Padre Bremeu(213), quais são, v. g.: 1.º o de ajuste com o próprio senhor, pelo qual fosse o escravo obrigado a dar-lhe um certo jornal; o excesso seria do escravo; 2.º se o senhor expressa ou tacitamente convém em que o escravo adquira para si alguma coisa; 3.º se alguma coisa for doada ou legada ao escravo com cláusula expressa ou tácita de que seja exclusivamente sua, e não do senhor, à semelhança do que dispõe o direito acerca dos filhos sujeitos ao pátrio poder mesmo quanto ao usufruto, e em outros casos análogos; não obstante a opinião contrária, que entende nula tal cláusula; 4.º se o escravo aumentar o seu pecúlio ou naturalmente ou industrialmente; 5.º se ao escravo for dada ou legada alguma coisa em atenção ao próprio escravo e não ao senhor; 6.º se o escravo, poupando os seus alimentos, os converte em valores ou bens; 7.º se ao escravo se manda pagar alguma indenização por alguma ofensa recebida; se pelo senhor, a sua importância pertence ao escravo; se por estranho, divergem, com quanto se deva decidir que pertence ao escravo.

Recentemente o Governo tem tomado algumas medidas naquele intuito. É assim que hoje é permitido aos escravos entrarem, de consentimento dos senhores, para o — Seguro Mútuo de Vidas —, criado nesta Corte(214). Bem como a respeito dos escravos da Nação a serviço na fábrica de ferro de S. João de Ipanema em S. Paulo, na da pólvora na Estrela (Rio de Janeiro), no Arsenal de guerra da Corte, se dispôs favoravelmente em diversas Instruções, arbitrando-se-lhes salários, constituindo-se-lhes assim um pecúlio, cujo destino

principal é a própria emancipação dos que se fizerem dignos(215).

Não é raro, sobretudo no campo, ver entre nós cultivarem escravos para si terras nas *fazendas* dos senhores, de consentimento destes; fazem seus todos os frutos, que são seu pecúlio. — Mesmo nas cidades e povoados alguns permitem que os seus escravos trabalhem como livres, dando-lhes porém um certo jornal; o excesso é seu pecúlio: — e que até vivam em casas que não as dos senhores, com mais liberdade(216).

### §35.

Entre os Romanos, encontravam-se com freqüência no pecúlio do escravo alguns outros escravos, que eram denominados *vicarii* para distingui-los dos *ordinarii*: o que fazia ainda muito mais complicadas as relações respectivas dos mesmos entre si, com os senhores, e com terceiros(217). Isto, porém, nenhuma aplicação tem tido no Brasil(218).

### Art. V. — *Obrigações.*

### §36.

Era, e é a regra, — *que, por Direito Civil, o escravo nem se obriga nem obriga ao senhor ou terceiros*(219). *Nem, mesmo depois de liberto, responde pelos atos praticados enquanto escravo*(220).

### §37.

Mas estes princípios sofriam, e sofrem exceções e modificações.

Quanto ao direito Natural, a lei reconhecia que o escravo contrai obrigações, assim como adquire direitos por virtude de

contratos, quase contratos, delitos, e quase delitos(221). Porém negava, por via de regra, *ação* para os fazer valer pessoalmente, quer a seu favor, quer contra ele(222). Em alguns casos todavia, isto se modificava. Assim:

1.º em relação ao pecúlio, o escravo era considerado como pessoa livre, mesmo para com o senhor; e, segundo o Direito Pretório, podia fazer valer os seus direitos, regulando-se as dívidas entre senhor e escravo na *forma ordinária* ou geral(223). Ainda mais, liberto podia fazê-los valer pelos efeitos civis, embora a obrigação fosse natural(224). — O senhor, igualmente, podia pela obrigação natural contraída pelo escravo fazer valer indiretamente contra o mesmo, quando liberto, os seus efeitos(225); e se a obrigação era contraída para obter a alforria, uma lei de Alexandre Severo dava ao senhor a *ação in factum*(226).

2.º Ainda, nas relações com o senhor, embora o escravo o não pudesse demandar em Juízo(227), por exceção o podia fazer *extra-ordinem* para obter sua manumissão, ajustada, convencionada, ou por outros modos cometida ao senhor ou por este prometida(228).

3.º Nas relações com terceiros, era a regra que o senhor não era responsável pelos contratos ou quase-contratos do escravo; este, porém, contraía obrigação natural(229). Mas o Direito Pretório, e mais tarde o Direito Civil, modificou isto, dispondo o seguinte: 1.º que, quando o escravo obrasse em qualidade de *mandatário* do senhor, ou mesmo como *gestor* mas aprovado ou ratificado o ato, fosse o senhor obrigado pela totalidade; compreendendo-se nesta disposição os mandatos especiais, como de preposto à navegação, ao comércio(230); 2.º, que o fosse igualmente, quando do ato do escravo viesse proveito ao senhor(231); 3.º que, em relação ao pecúlio, o senhor fosse obrigado dentro das forças do mesmo(232); 4.º que ainda

nessas relações entre terceiros, senhor, e escravo quanto ao pecúlio, no caso em que fosse este empregado no comércio, se desse ação entre os credores e o senhor para seu pagamento(233); 5º que contra os terceiros podia o senhor intentar diversas ações, já para fazer valer os seus direitos dominicais(234), já pelas aquisições provenientes dos escravos como instrumentos delas, e pelos fatos e obrigações que contraísse obrigando-o(235), já por delitos contra os seus escravos(236), já por corrompê-los(237), e acoutar os fugidos(238); 6.º que nos delitos do escravo contra terceiros, embora fosse ele obrigado *naturalmente* e esta obrigação o acompanhasse mesmo depois de liberto(239), o senhor ficava todavia sujeito a pagar o dano(240).

### §38.

Entre nós, muitas destas relações ainda se observam de fato; e assim muitas dessas regras do Direito Romano têm toda a aplicação, prescindindo porém sempre do que era instituição peculiar daquele povo, assim como de suas sutilezas.

A matéria tão complicada e intrincada dos pecúlios dos escravos não nos atormenta. Será raro o caso em que alguma questão se mova em Juízo a tal respeito, atenta a constituição da escravidão no nosso país, e as restrições que os nossos costumes, e organização social quanto ao elemento servil, têm introduzido.

Todavia, quanto a outros fatos, o mesmo se não pode dizer. Não é pouco freqüente, por exemplo, ver escravos encarregados pelos senhores de exercerem atos pelos mesmos, como seus prepostos, feitores, administradores, e semelhantes. De modo que, em tais casos, aquelas disposições poderão ser aplicáveis.

As questões mais freqüentes, entre nós, são as que se referem ao *estado* de *livre* ou *escravo*; e das quais nos

ocuparemos em lugar oportuno.

Art. VI. — *Estar em Juízo.* — *Testemunhar.*

§39.

Em matéria criminal, já o dissemos em outro lugar(241). — A lei permitia que pudesse o escravo, maior de 25 anos, alegar defesa pelo réu ausente(242).

§40.

Em matéria civil, o Direito Romano *negava*, em regra, *ao escravo o direito de figurar em Juízo* — *stare in jure vel in judicio*(243), *mesmo contra o senhor*(244).

Todavia, em alguns casos lhe era isto permitido, e sobretudo quando tratasse de sua liberdade, quer em relação ao senhor, quer em relação a terceiros(245); quando, igualmente, o senhor o seveciava, e ele pedia ser vendido *bonis conditionibus*(246) — Os Juizes vinham em auxílio do escravo *extra-ordinem*, segundo a expressão dos Jurisconsultos(247).

*O escravo não podia ser testemunha*(248). Exceto: 1.º se era tido geralmente por livre; o ato não era nulo(249); 2.º quando a verdade se não podia descobrir por outro modo(250); 3.º quando submetido à tortura, nos casos em que era permitido(251).

§41.

Os mesmos princípios, abstração feita do que era peculiar aos Romanos, são aplicáveis entre nós. — O escravo não pode estar em Juízo; exceto: 1.º nas causas espirituais, v. g. sobre matrimônio; 2.º nas concernentes à sua liberdade; 3.º nas que forem de evidente interesse público(252). — Igualmente não

pode ser testemunha, exceto: 1.º se é havido geralmente por homem livre; 2.º se a verdade se não pode provar de outro modo; 3.º como informante(253).

Art. VII. — *Regras de interpretação. — Favor à liberdade.*

§42.

Partindo da idéia capital de que o escravo é também um *homem*, uma *pessoa*, os Jurisconsultos romanos, e as próprias leis pronunciaram sempre e recomendaram todo o favor e equidade a maior possível na aplicação do Direito. Começaram eles mesmos por desconhecer a *legitimidade* da escravidão, definindo ser *contra a natureza*(254), visto como por Direito Natural *todos nascem livres, todos são iguais*(255). E coerentemente estabeleceram princípios, axiomáticos se pode dizer, em favor da liberdade, embora rompessem as regras gerais do Direito. — Apontaremos alguns.

A liberdade é coisa sem preço, isto é, que se não pode comprar, nem avaliar em dinheiro(256).

Nada há mais digno de favor do que a liberdade(257).

A bem da liberdade muitas cousas se determinam contra o rigor do Direito(258).

O favor da liberdade muitas vezes exprime a idéia mais benigna(259).

Sempre que a interpretação é duvidosa, deve decidir-se a favor da liberdade(260).

No que for obscuro se deve favorecer a liberdade(261).

Nas questões de liberdade deve ser preferido o escrito



mais favorável a ela, quando mesmo não seja o mais moderno(262).

Em igualdade de votos, deve-se julgar a favor da liberdade(263).

Do mesmo modo, quando as testemunhas forem contrárias e favoráveis em número igual(264).

Não pode a liberdade ser julgada por árbitros, e sim por Juízes de maior categoria(265).

No conflito de um interesse pecuniário e da liberdade, prevalece esta(266).

A sentença a favor da liberdade é irrevogável(267).

Ainda outras decisões se encontram espalhadas e aplicadas no extenso Corpo deDireito Romano, que seria enfadonho estar a compilar. O que fica referido dá idéia satisfatória; e melhor o *espírito* que presidiu às reformas, sobretudo de Justiniano, e nas quais coube grande parte e glória ao Cristianismo(268).

#### §43.

Nossas leis hão constantemente recomendado, desde tempos antigos, todo o favor à liberdade. A Lei autorizava mesmo a desapropriação de um escravo Mouro para trocar por um Cristão cativo em poder dos Infiéis; e em tese reconhece que — *muitas cousas são constituídas em favor da liberdade contra as regras gerais do Direito*(269). Reconhece igualmente, *em princípio*, que a escravidão é *contrária à lei natural*(270): — *Que são mais fortes e de maior consideração as razões que há a favor da liberdade do que as que podem fazer justo o cativo*(271): — *Que a liberdade é de Direito Natural*(272): —

*Que a prova incumbe aos que requerem contra a liberdade, porque a seu favor está a presunção pleníssima de Direito(273): — Que nas questões de liberdade não há alçada, quer dizer, não há valor que iniba de interpor todos os recursos a seu favor(274).*

Outras ainda se lêem em várias leis e decisões(275). SEÇÃO

2.<sup>a</sup> — QUESTÕES VÁRIAS SOBRE ESCRAVIDÃO Art. I.

— *Direitos Dominicais.*

§44.

Por isso que o escravo é reputado *cousa*, sujeito ao *domínio* (dominium) de seu senhor, é por ficção dalei subordinado às regras gerais da propriedade. Enquanto *homem* ou *pessoa* (acepção lata), é sujeito ao *poder* do mesmo (potestas) com suas respectivas conseqüências. — Em todos os países assim tem sido. E os Romanos nos fornecem uma abundante fonte de determinações a respeito(276).

§45.

O senhor tem o direito de auferir do escravo todo o proveito possível, isto é, exigir os seus serviços gratuitamente pelo modo e maneira que mais lhe convenha(277).

Em compensação, corre-lhe a obrigação de alimentar, vestir, curar do escravo, não se devendo jamais esquecer de que nele há um ente humano(278).

Não pode, todavia, o senhor exigir do escravo atos criminosos, ilícitos, imorais(279).

§46.

Entre os escravos, quanto à sua condição, não há diferença(280). Mas, quanto aos serviços, grande era e é a sua variedade(281).

Mas isto não quer dizer que, absolutamente falando, desde a liberdade plena até esse extremo de sua negação, não possam haver modificações. O próprio Dir. Rom. antigo o reconhecia(282). O Dir. Rom. novo alentou o *colonado*, transição para a emancipação dos escravos(283): o Direito feudal a *servidão da gleba*, os *servos adscriptícios*(284).

Prescindindo, porém, desta digressão que para nós não tem interesse imediato, aquele princípio geral deve ser recebido como tese. Ante a lei estão todos em pé de igualdade enquanto escravos(285).

#### §47.

Pelo direito de propriedade, queneles tem, pode o senhor alugá-los, emprestá-los, vendê-los, dá-los, aliená-los, legá-los, constitui-los em penhor ou hipoteca, dispor dos seus serviços, desmembrar da nua propriedade o usufruto, exercer enfim todos os direitos legítimos de verdadeiro dono ou proprietário(286).

Pode, igualmente, impor nos contratos ou nos atos de última vontade, assimcomo aceitar, todas as condições e cláusulas admissíveis quanto aos bens em geral; salvas as exceções de Direito especiais à propriedade — escravo —(287).

Como propriedade pode o escravo ser *objeto* de seguro(288).

#### §48.

No nosso Direito atual, a venda de escravo, troca, e

dação *in solutam*, por preço excedente a 200\$000, deve ser essencialmente feita por escritura pública, pena de nulidade do contrato(289). — E é sujeita ao selo proporcional(290), e ao imposto(291). — A escritura pode ser lavrada indistintamente por Tabelião, por Escrivão do Cível, ou pelo Escrivão do Juízo de Paz(292), independente de distribuição(293).

#### §49.

A hipoteca de escravos não pode hoje recair senão sobre os que pertencerem a estabelecimentos agrícolas, com tanto que sejam especificados no contrato, e só conjuntamente com tais imóveis como acessórios destes, do mesmo modo que os animais(294).

O penhor, ao contrário, que o Cod. de Com. art. 273 havia proibido que se constituísse sobre escravos, quando mercantil, foi indistintamente permitido(295).

A hipoteca deve ser feita essencialmente por escritura pública, e devidamente registrada(296).

O penhor dos que pertencerem a estabelecimentos agrícolas, com a cláusula *constituti*, deve ser transcrito ou registrado(297).

#### §50.

A doação *inter vivos*, para ser válida, deve ser feita por escritura pública e insinuada, nos casos em que isto é exigido por Direito(298). É sujeita a selo proporcional(299); e a insinuação ao imposto respectivo(300).

Se for *causa mortis*, deve constar de escrito com cinco testemunhas(301). Mas é isenta de insinuação, e do respectivo imposto(302). Equiparada, porém, a legado, é sujeita à taxa

respectiva, quando se verificar pela morte do doador(303). Se se transfere *logo* o domínio, ou se o doador renuncia ao direito de a revogar *ad nutum*, deixa de ser *causa mortis*(304).

#### §51.

O escravo como propriedade passa por sucessão ou por testamento, do mesmo modo que os outros bens do defunto senhor(305). E os impostos sobre as heranças e legados lhes são extensivos da mesma maneira(306).

#### §52.

Como propriedade é ainda o escravo sujeito a ser seqüestrado, embargado ou arrestado, penhorado, depositado, arrematado, adjudicado(307); correndo sobre ele todos os termos sem atenção mais do que à propriedade no mesmo constituída(308). A arrematação é feita em hasta pública(309); e, nos negócios mercantis, pode sê-lo em leilão(310).

#### §53.

Ainda mais, nas Cidades e Vilas é lançado sobre os escravos como propriedade um imposto, denominado *taxa*, que, sendo a princípio de 1\$000 por cabeça maior de 12 anos, hoje é de 4\$000(311).

#### §54.

A respeito da venda dos escravos, os Romanos admitiram, bem como sobre a dos animais, a *ação redibitória*, e a *quanti minoris* ou *æstimatoria*, das quais a primeira prescrevia em 6 meses, e a segunda em um ano(312).

Estas ações passaram para as nossas leis, e se acham em vigor, nos termos da Ord. Liv. 4.º, Tit. 17, com as mesmas

prescrições(313).

Deve-se e é essencial distinguir o *vício de ânimo* do *físico*, os *defeitos patentes* dos *ocultos*(314).

Se havidos por doação, não tem lugar tais ações; mas só quando por qualquer título oneroso de transmissão do domínio(315).

Convém ainda observar que, vendidos conjuntamente bons e maus, sãos e doentes, não se podem separar; bem como não se podem separar os filhos dos pais, os irmãos, os cônjuges; o vendedor pode opor-se, e reavê-los todos restituindo o preço ao comprador(316).

E quanto aos filhos das escravas havidos depois da compra? Parece conseqüente que eles acompanhem as mães; aliás viria o vendedor a ser lesado, locupletando-se o comprador à sua custa, ficando com eles gratuitamente(317).

## §55.

Embora o escravo fosse objeto venal, sujeito a preço ou valor, todavia os Jurisconsultos, por dignidade humana, decidiam que — o homem não era objeto de comércio(318); nem denominavam comerciantes (*mercatores*) os que faziam profissão de comprar e vender escravos, e sim *mangones* ou *venalitarii*(319), os quais eram mal vistos na sociedade(320).

Entre nós, podemos igualmente dizer que o escravo, como homem, não é objeto de comércio; e assim se deve entender o nosso Código Comercial no art. 191(321). — Igualmente, por honra da humanidade e da nossa civilização, os impropriamente denominados *negociantes de escravos* ou antes *traficantes* (tanganhão ou tangomão) são mal considerados na nossa sociedade, e pela própria classe dos verdadeiramente

negociantes ou comerciantes, que os repelem do seu grêmio(332).

## §56.

Entre as condições e cláusulas, que o senhor podia estipular, algumas eram notáveis. As condições suspensivas ou resolutivas, casuais, potestativas, e mistas. assim como outras cláusulas de Direito, que se podiam adjectar aos contratos sobre a propriedade, eram, por via de regra, igualmente admissíveis em relação aos que versassem sobre os escravos(323).

Mas o escravo era homem: o senhor podia estipular contra ou a favor do mesmo. — Assim, em razão de sua própria segurança, podia o senhor exigir que o comprador lhe não consentisse residir em certo lugar, ou que o levasse para fora da cidade ou da província: a lei garantia a observância da cláusula, e dava ao vendedor o direito de reaver o escravo, ou pedir a pena quando esta fosse estipulada, no caso de inobservância, exceto se o vendedor relevasse(324); em falta de estipulação, dava-se a ação *ex-vendito* em atenção a que por aquele fato o senhor tinha vendido o escravo por preço inferior(325). — O vendedor podia estipular, ao contrário, que o escravo não fosse mandado para fora *por castigo*: isto se deveria observar(326). — O vendedor podia estipular que o escravo vendido não fosse libertado (*ne manumittatur*): se o comprador infringia, o escravo não era livre(327). — Podia, inversamente, ajustar que o escravo vendido fosse liberto ou logo ou em certo prazo (*ut manumittatur*): devia cumprir-se, e a lei mantinha a liberdade(328). — Podia, também, dispor, em favor da honestidade da escrava, que ela não fosse prostituída (*ne prostituatur*): se se infringia, a escrava ou adquiria a liberdade, ainda que houvesse também a cláusula de reverter ao vendedor, por favor à primeira(329), ou voltava ao poder do vendedor, se tal se ajustasse *simplesmente*(330); e caso, assim voltando a este,

fosse por ele prostituída, era declarada livre, e Romana<sup>(331)</sup>, perdendo até o senhor os direitos de patrono<sup>(332)</sup>. No caso de semelhante infração, se alguma outra pena se adjectava, o vendedor podia reclamá-la, não obstante ser a escrava declarada livre; e, em falta, podia usar da ação *ex-vendito* em atenção ao preço de estimação<sup>(333)</sup>.

O que mais complicava os diversos contratos eram as cláusulas relativas à liberdade. Mas o Direito, e a Jurisprudência, resolviam, em geral, a favor desta.

### §57.

Todas essas, e outras correlativas disposições, tão sensatas, são, por via de regra, aceitáveis como Direito subsidiário nosso. — Porém há algumas exceções ou restrições a fazer, no que diz respeito à liberdade principalmente, como teremos ocasião de ver. Desde já cumpre consignar que a cláusula — *ne manumittatur* — não deve ser recebida<sup>(334)</sup>, reputando-se consequentemente nula ou não escrita; porquanto ela se resente das sutilezas dos Romanos, da sua organização peculiar e própria, e se opõe ao espírito geral do nosso Direito atual, é ofensiva da humanidade, da latitute mesmo do direito de propriedade que passa para o comprador, contrária às idéias cristãs, da civilização moderna, do bem público enfim que aconselha e exige que as manumissões se facilitem e multipliquem em ordem e vista de se ir extinguindo o gravíssimo e bárbaro mal da escravidão.

Art . 2.º — *Condomínio. — Aquisições. — Filhos.*

### §58.

Um escravo ou vários escravos podem pertencer a dois ou mais senhores em comum, à semelhança do que sucede com os bens imóveis ou quaisquer outros. — Este fato importa



modificação nos direitos de cada um dos condôminos, que podem achar-se em colisão ou conflito no seu exercício; o que sucede mais freqüentemente nas manumissões, de que trataremos em lugar oportuno.

#### §59.

Quanto ao serviço do escravo comum, se não é possível que ele o preste a todos simultaneamente, ou quando não esteja em serviço comum, cumpre que ou seja alugado para se repartir o preço, se não chegarem a acordo sobre venderem a um só d'entre si ou a terceiro, ou de trocarem por outros bens<sup>(335)</sup>, ou que aquele dos condôminos que se sirva do escravo ou seja preferido, pague aos outros a quota razoável de aluguel correspondente aos seus quinhões<sup>(336)</sup>.

#### §60.

Os filhos das escravas é claro que pertencem igualmente em comum a todos<sup>(337)</sup>.

#### §61.

Nas aquisições que faziam os senhores por intermédio dos escravos, segundo o Direito Romano, a regra era que *adquiriam pro portione dominica*<sup>(338)</sup>; e presumia-se adquirir para todos os condôminos<sup>(339)</sup>: — exceto quando evidentemente a aquisição só podia aproveitar a um<sup>(340)</sup>, ou quando o escravo estipulava nomeadamente (*nominatim*) por um<sup>(341)</sup>, ou quando era exclusivamente por um encarregado de negócio seu próprio e não comum<sup>(342)</sup>. — Doutrina aceitável entre nós<sup>(343)</sup>.

#### §62.

Na indenização do dano por delito cometido por escravo comum, parece coerente que todos respondam, porém segundo

unicamente a quota ou valor que no mesmo tenha cada um(344).

### §63.

Cada condômino pode alienar ou dispor como quiser, segundo as regras gerais, da sua quota no escravo, por título oneroso ou gratuito, entre vivos ou de última vontade(345). — Os impostos são cobrados na mesma proporção(346) — A hipoteca, porém, nos casos em que é admissível hoje sobre escravos(347), não pode ser constituída em quotas dos mesmos, por ser indivisível o objeto(348).

Mas nessa alienação ou disposição deve-se ter em vista que, importando o condomínio de algum modo recíprocas restrições e modificações ao exercício dos direitos de cada condômino, não pode ser tal, que nulifique o direito dos outros ou o seu exercício(349). — A bem da liberdade, no entanto, a lei faz exceção(350).

Art. III. — *Usofruto. — Aquisições. — Filhos.*

### §64.

O senhor pode desmembrar da sua propriedade o usufruto, e dispor de um e de outro, em vida ou por morte. É mesmo fato freqüente.

### §65.

O usufrutuário tinha, por Direito Romano, o direito aos serviços e a todas as vantagens que o escravo pudesse prestar; podia até alugá-lo(351). Percebia, portanto os serviços, e frutos civis, adquirindo assim *ex re sua* ou *ex operis servi*(352).

As outras aquisições eram em benefício do nu proprietário, porque o escravo não é destinado para

fazê-las(353): exceto se essas aquisições eram em *contemplação* do usufrutuário(354).

Esta matéria segundo a legislação Romana era muito complicada, nas relações de usufrutuário e nu proprietário, de dois ou mais usufrutuários em comum, e com o próprio escravo em razão do seu pecúlio(355).

Ao usufrutuário era facultado castigar o escravo moderadamente(356).

#### §66.

O uso ou *jus utendi* não dava direitos tão amplos, e apenas aos serviços(357).

#### §67.

O trabalho ou *operae servorum* participava de ambos, conquanto tivesse suas diferenças(358).

#### §68.

O *possuidor de boa fé* era equiparado ao usufrutuário; adquirindo, portanto, do mesmo modo(359).

#### §69.

No caso em que o escravo em usufruto cometa delito, responde o proprietário ou dono até o seu valor(360). — Mas, se for o escravo o ofendido ou morto, o usufrutuário tem direito à indenização respectiva, sem prejuízo da que for devida ao nu proprietário(361).

#### §70.

Uma grave questão se levanta relativamente aos filhos

das escravas que estão em usufruto a alguém. A quem pertencem? Foi esta velha questão longamente debatida entre os Jurisconsultos Romanos, vacilando Scevola e outros, atribuindo-os ora ao usufrutuário como frutos à semelhança das *crias dos animais*, ora ao nu proprietário: até que prevaleceu a opinião de Bruto, que era a segunda(362).

Esta decisão não teve, porém, por verdadeiro fundamento a razão que se lê em alguns textos do Direito de se não deverem considerar frutos os filhos das escravas por isso que não pode ser fruto o homem, para quem todos os frutos foram criados(363). Mas sim a que se lê em outro texto(364), que o usufrutuário só pode pretender os *frutos propriamente ditos*; ora, *as escravas não são destinadas para dar filhos*, e só para trabalhar(365). É uma razão de dignidade humana, pela qual repugna igualar a mulher, embora escrava, a uma jumenta ou outro animal semelhante(366).

#### §71.

E se a escrava é dada a herdeiro obrigado à colação, devem os filhos ser trazidos a ela do mesmo modo que a mãe? — É questão melindrosa. Quanto aos nascidos depois do falecimento do doador, não há dúvida que devem sê-lo(367). Mas, quanto aos nascidos durante a vida do mesmo, mais difícil é a solução. Se o herdeiro fosse simples usufrutuário (como pode acontecer, segundo os termos da concessão), seria fora de dúvida que os filhos das escravas deviam ser trazidos à colação, por lhe não pertencerem(368). Se porém, ele não é simples usufrutuário, parece que, não obstante haver adquirido o domínio, e poder mesmo alienar(369), é todavia obrigado a conferir também os filhos das escravas como acessórios que acompanham a condição e sorte do ventre(370); a doação, em tal caso, traz consigo a cláusula implícita da sua suspensão, e mesmo da resolução da propriedade, se se verificar na época

competente que excede as forças do doador e ofende as legítimas dos co-herdeiros(371);

### §72.

Quais os feitos da alforria conferida pelo nu proprietário, e pelo usufrutuário, veremos adiante(372).

Art. IV. — *Usucapião, ou prescrição. — Reivindicação e outras ações. — Arrecadação de escravos de heranças ou bens de defuntos e ausentes, vagos, do evento.*

### §73.

O escravo, como propriedade, é sujeito a ser adquirido por usucapião ou prescrição, desde que acede *posse titulada*, em *boa fé*, por mais de *três* anos, *mansa e pacífica*(373).

O Direito Romano abria exceção a respeito do *escravo fugido*, porque este se roubava a si mesmo e assim lhe obstava a *má fé*(374); exceto se alguém o adquiria e possuía por mais de 30 anos(375).

### §74.

Por prescrição ninguém é feito escravo; por maior que seja o lapso de tempo, não se perde por esse fato a liberdade. — Esta, porém, se adquire por prescrição(376).

### §75.

O senhor pode fazer valer contra o possuidor ou detentor do seu escravo todas as ações que seriam e são competentes a respeito das demais propriedade, v. g., a reivindicação(377). — Bem como contra o próprio escravo para o sujeitar ao seu poder(378).

## §76.

Como objeto de propriedade, pode ainda o escravo ser arrecadado, na forma das disposições vigentes, como bem do evento, vago, ou pertencente à herança de defuntos e ausentes(379).

## §77.

Quanto à questão prejudicial de *escravidão*, como ela se prende à de *liberdade*, diremos em ocasião mais apropriada.

### SEÇÃO 3.<sup>a</sup>. — TERMINAÇÃO DO CATIVEIRO.

#### Art. I. — *Modos de findar o cativo*.

## §78.

A escravidão pode terminar; 1.º pela morte natural do escravo(380); 2.º pela manumissão ou alforria(381); 3.º por disposição da lei(382).

## §79.

Entre os Judeus, o cativo era temporário; findava para os nacionais no ano sabático(383), e para os estrangeiros naturalizados hebreus, e em geral para todos, no jubileu(384).

Reconheciam, além disto, como legítimas outras causas para se obter a liberdade, quer por ato do senhor, quer por virtude da Lei, por ex.: — unir-se em matrimônio ou tomar por concubina, mesmo cativa na guerra(385), ofender o senhor ao escravo, fazendo-lhe perder um olho, um dente, ou mutilando-o por modo semelhante(386).

## §80.

Todos os povos, antigos e modernos, hão consagrado com mais ou menos latitude a faculdade de extinguir-se a escravidão por manumissão ou alforria, e por disposição da lei. Além dos Judeus, os Gregos sobretudo os Atenienses, os Romanos, na antigüidade, nos ministram exemplos irrecusáveis; e nos tempos modernos, todas as Nações Cristãs, cuja legislação se foi modificando, a ponto de abolirem a escravidão, e até mesmo a servidão; de sorte que, hoje, se pode asseverar que em terras de Cristãos não há escravidão senão no Brasil, e algumas possessões de Portugal e Espanha(387).

Prescindindo, porém, deste histórico e da legislação respectiva, remontemos aos Romanos, de cujo Direito nos teremos de socorrer muitas vezes como subsidiário ao nosso, mas bem entendido, segundo o uso moderno, quando conforme à boa razão, ao espírito do Direito atual, às idéias do século, costumes e índole da Nação(388).

#### §81.

Pelo Direito antigo apenas se podia, em Roma, obter a liberdade por três modos solenes, a saber, a inscrição no censo, a vindicta, o testamento(389).

Pelo *censo*, a que se procedia de cinco em cinco anos sobretudo para a estatística da população, se o escravo, de consentimento do senhor, se inscrevia como cidadão(390).

Pela *vindicta*, se o escravo acompanhado de seu defensor (*adsertor libertatis*) se apresentava ante o magistrado, e o defensor reclamava a liberdade; presente o senhor e não contradizendo, o magistrado o declarava livre; havia a cerimônia ou formalidade de ser tocado com a vara (*vindicta*) ou pelo defensor ou pelo magistrado(391).

Pelo *testamento*, quando era nele deixado livre pelo

senhor, ou instituído herdeiro ou legatário mas ao mesmo tempo declarado livre(392).

Era, além disso, necessário que o senhor tivesse o *domínio quiritário*. — O Direito Pretório, porém, salvava *de fato* a liberdade. E a Lei Junia-Norbana modificou aquele rigor do antigo Direito, e garantiu as manumissões, declarando que ficavam *latinos* os libertos por *modos não solenes*(393).

Estes modos *não solenes* foram introduzidos com o correr dos tempos. Tais eram: 1.º *per epistolam* (por carta), quando o senhor declarava por escrito que dava a liberdade: nenhuma formalidade era aprincípio exigida(394); 2.º *inter amicos*, isto é, mesmo sem escrito algum, e apenas *verbalmente* ante *testemunhas* (amicos) em número de cinco(395); 3.º *per convivium*, quando o senhor admitia à sua mesa ante testemunhas o escravo, pois à mesa só podia estar com o senhor pessoa livre(396); 4.º *per nominationem*, se o adotava, ou mesmo tratava por *filho* em algum ato público(397); 5.º em geral, por qualquer outro modo, de que resultasse, ainda *tácita* ou *conjecturalmente*, ser a intenção do senhor libertar o escravo(398).

O *censo* caiu em desuso em Roma desde Vespasiano. Mas Constantino, imperador cristão, substituiu esse modo pela *manumissão solene ante a Igreja (in SS. Ecclesiis)*, como já era costume, mediante certas formalidades, de consentimento do senhor, reduzindo-se a escrito em que este assinava com testemunhas(399).

A *vindicta* conservou-se, porém já sem as formalidades antigas; bastando que o senhor declarasse ante qualquer magistrado a sua vontade de que o escravo fosse livre(400).

O *testamento* igualmente, dispensada a necessidade de expressa e direta manumissão; bastando, pois, que o senhor o



fizesse de modo tácito ou presuntivo(401).

A maior reforma é de Justiniano, que aboliu absolutamente a diferença entre domínio *quiritário* e *bonitário*(402), e conseguintemente a distinção de modos *solenes* e *não solenes* de manumissão (403).

Esta distinção tinha, no entanto, importância real entre os Romanos; porquanto só os libertos por modo solene eram *cives romani*(404); os outros eram *latini* ou *latini-juniani* (Lei Junia-Norbana). — Os *dedititii, peregrini* (L. Ælia Sentia) eram os libertos que, quando escravos, haviam sido açoitados, ou marcados no rosto, ou punidos com alguma outra pena infamante(405). — Havia grande diferença de uns para os outros, sendo os *Romani* os mais favorecidos; logo depois os *latini*; e em último lugar os *dedititii* ou *deditiorum numero*(406).

Mas Justiniano aboliu também todas essas distinções e deu a todos igualdade de posição como *cives romani*(407).

Outras muitas reformas ainda introduziu o mesmo Imperador; delas daremos notícia nos lugares apropriados.

## §82.

Do que fica exposto se deve concluir que, entre nós também, não há nem deve haver diferença essencial nos modos de manumissão. — Nem temos essa variedade de libertos(408), de que demos notícia em relação a Roma até o tempo de Justiniano(409).

Por qualquer modo, pois, que a liberdade seja conferida ao escravo, solene ou não, direta ou indiretamente, expressa ou tacitamente ou mesmo em forma conjectural ou presumida, por atos entre vivos ou de última vontade, por escrito público, particular, ou ainda sem eles, a liberdade é legitimamente

adquirida; e o escravo assim liberto entra na massa geral dos cidadãos, readquirindo a sua capacidade civil em toda a plenitude, como os demais cidadãos nacionais, ou estrangeiros(410). — Está entendido que, quando isto dizemos, é em tese, cujo desenvolvimento daremos em outros lugares; assim como quais os direitos políticos e civis dos libertos, e suas relações com os patronos.

Os modos mais comuns no Brasil são: 1.º a *carta*, ainda que assinada somente pelo senhor ou por outrem a seu rogo, independente de testemunhas(411); 2.º o *testamento* ou *codicilo*(412); 3.º a *pia batismal*(413).

Art. II. — *Terminação voluntária da escravidão.*

§83.

Por ato voluntário do senhor pode o escravo ser restituído à liberdade. É o que se diz propriamente manumissão (manumissio), alforria. — Pode ser entre vivos ou por morte do senhor; no que tem esta ampla faculdade, em geral, a bem da liberdade, protegida pelas leis com inúmeros favores(414).

§84.

Quanto ao *modo* ou *forma*, é indiferente, como vimos. Por tal maneira que, ainda mesmo em ato solene, qual v. g. o testamento, se este não pode valer por inobservância de formalidades externas ou por outros motivos, essa nulidade não afeta nem prejudica as liberdades nele conferidas, se puderem manter-se por algum outro fundamento(415). Não a prejudica, igualmente, a falta de escritura pública; toda a prova é admissível, seja qual for o valor pecuniário(416)

§85.

O mesmo já se não pode dizer, quando há nulidade visceral ou radical, que afete o ato, quer entre vivos, quer de última vontade. Esse vício anula, em regra, as liberdades, por se deverem entender não conferidas(417). Tais são a falsidade, o erro substancial, a ausência de vontade, a violência ou coação, a incapacidade no manumissor, e outras semelhantes(418).

Mas ainda aqui a lei favorece as liberdades. Assim, posto que falso o título, o testamento, por ex., se o herdeiro ou legatário libertou o escravo, não volta este ao cativo; há apenas lugar à indenização(419); se o erro não é essencial, igualmente(420); se o senhor é coagido, não pelo escravo, nem pelo povo, nas manumissões por modo não solene, era válida a manumissão, por Dir. Rom.(421); se o menor incapaz de libertar, exceto por justa causa, iludia, nem por isto deixava de ser valiosa a manumissão(422).

## §86.

Por via de regra, ninguém pode forrar senão o seu próprio escravo, como dispunha já o Dir. Romano(423), e se lê no nosso(424). — Mas, a bem da liberdade, em alguns casos se podia por aquele Direito dispor em favor do escravo alheio, tais como: 1.º se o escravo é vendido com a cláusula de ser libertado pelo comprador(425); obrigado este a cumpri-lo, todavia ficava sendo seu patrono, ainda que coagido por sentença(426); disposição extensiva ao caso da doação ou título gratuito(427); e de tal força, que a mudança de vontade não prejudica a liberdade(428); 2.º se por algum ato, sobretudo de última vontade, alguém dispõe a favor de escravo alheio; entende-se em forma fideicomissária(429); 3.º se o legatário, ou herdeiro, ou beneficiado aceita o legado, herança, ou doação, com semelhante cláusula a bem de algum escravo seu(430); 4.º se o senhor se satisfaz com o preço ou valor do escravo(431); 5.º em outros casos semelhantes(432).

## §87.

Para dar alforria, é necessário, igualmente, que, em regra, o manumissor tenha *capacidade, e livre disposição*. — Assim: 1.º o escravo não pode fazê-lo por não ter capacidade civil(433); 2.º o infante (*infans*) por incapaz de vontade(434); 3.º o tutor, curador e outros, por não estar na *administração* a faculdade de alienar(435); 4.º o pupilo ou pupila, isto é, o impúbere sujeito à tutela(436); 5.º o usufrutuário, por não ter livre e plena disposição(437); 6.º e outros semelhantes(438).

Segundo o Dir. Rom. antigo, não o podia fazer o menor de vinte anos, ainda por testamento(439), e só pela vindicta, precedendo decisão competente (apud consilium) sobre a causa justa da manumissão, que só podia ser das consignadas na Lei(440). Esta disposição da Lei *Ælia Sentia*, promulgada por Augusto, foi modificada por Justiniano, que permitiu a princípio a manumissão testamentária aos que tivessem 17 anos de idade completos(441), e por último que o fizessem todos os habilitados para fazer testamento, e conseguintemente aos púberes(442). Tal deve ser também o nosso Direito(443).

O louco, demente, furioso, também é incapaz(444); exceto em lúcidos intervalos(445).

O pródigo, declarado tal por sentença, conquanto incapaz por interdito, parece que o poderia por favor à liberdade(446)

A mulher casada igualmente, ainda mesmo por atos entre vivos(447); sobre os de última vontade não há dúvida, porque aí está ela em pé de igualdade com seu marido(448).

O Governo não pode dar alforria gratuita aos escravos da Nação, só a Assembléia Geral(449); a título oneroso, porém,

pode fazê-lo(450).

## §88.

Por Direito Romano, haviam disposições sobre faculdade de libertar ou não certos escravos; importavam uma proibição relativa. — Esta proibição ou vinha de ato do senhor, ou de determinação da lei. Assim:

1.º Por convenção ou ato entre vivos, bem como por ato de última vontade, podia o senhor proibir a manumissão (*ne manumittatur*), segundo já vimos(451).

2.º O escravo hipotecado ou dado em penhor(452); exceto se a hipoteca ou penhor era *geral*(453), ou se ela se extinguia, quando mesmo *especial* fosse, pelo pagamento ou por outros modos(454). — Exceção que abrangia os escravos tácita ou legalmente hipotecados, ainda quando por dívidas ao Fisco(455), e mesmo os dotais(456), salvos os casos de fraude, e de insolvabilidade(457).

3.º A lei Julia (*de adulteriis*) proibia à mulher casada libertar os escravos sujeitos ao processo durante os 60 dias designados para a acusação criminal(458).

4.º Em geral era proibido forrá-los para subtraí-los ao processo e punição respectiva(459).

5.º Aos condenados perpetuamente, do mesmo modo(460); não assim quando a condenação era em pena temporária(461).

6.º O escravo podia ser inibido de libertar-se dentro de um certo lapso de tempo, ou pela lei ou por ato do senhor(462).

7.º Bem assim aquele (no direito antigo) que não tivesse

30 anos de idade(463); o que foi abrogado por Justiniano, que o permitiu, fosse qual fosse a idade do escravo, ainda mesmo no ventre materno(464).

8.º A Lei Furia ou Fusia Caninia (do tempo de Augusto), proibia libertar por ato de última vontade mais de um certo número de escravos, do modo que na mesma se lê, sendo 100 o máximo; só os primeiros nomeados eram livres, os outros continuavam escravos(465); e quando, para iludir a proibição, se manumitia em globo ou em círculo (*per orbem*), nenhum era livre(466). Justiniano, porém, a aboliu(467).

9.º Era igualmente proibido libertar em fraude dos credores (*in fraudem creditorum*) pela Lei Ælia Sentia: o que se verificava, quando em *tal época*, sendo *insolvável o devedor*, o fizesse com *ânimo de defraudar os credores*(468). Só podia anular a liberdade aquele, em fraude de quem fosse ela conferida(469); e não o próprio devedor nem outrem(470). — Porém cessava este direito em vários casos, v. g.: se as dívidas eram pagas ou extintas por qualquer modo legítimo(471); se o escravo permanecia no estado de livre por tempo (dez anos), a prescrição aproveitava-lhe(472); se o senhor, para evitar a desonra de um concurso de credores, isto é, a infâmia da venda dos bens em seu nome, quando insolvável, por sua morte libertava o escravo, e o instituía herdeiro necessário(473); se a bem da liberdade, os escravos ou algum deles, ou mesmo um terceiro *adia os bens* obrigando-se pelas dívidas, quer fosse a manumissão por ato de última vontade, quer entre vivos, e ainda que só alguns pudessem ser mantidos na liberdade e não todos(474). Se vários eram manumitidos em fraude, só os primeiros eram livres, contanto que os bens restantes chegassem para solver as dívidas; mas se só dois, então podia acontecer que o devesse ser o segundo(475).

10. A mesma Lei Ælia Sentia proibia que libertos

manumitsem seus escravos em fraude dos direitos do patrono, isto é, para diminuir ou extinguir a herança a que o patrono tinha direito<sup>(476)</sup>. — Justiniano, porém, já não fala nisto, por se haverem tomado outras providências a respeito de tais direitos<sup>(477)</sup>.

11. O *dediticio* era inibido de habitar em Roma ou em uma distância de cem milhas; se infringisse, era reduzido a cativo vendendo-se em proveito do tesouro público, *com proibição de ser manumitido*, sob pena de recair de novo em cativo como escravo do povo Romano<sup>(478)</sup>. Isto, porém, foi caindo em desuso, e implicitamente abolido pelas reformas de Justiniano, e sobretudo pela extinção de diferenças entre libertos, como vimos acima<sup>(479)</sup>.

12. O escravo que, obrigado ou condenado a ser exportado (*relegatus*), ficasse na cidade, não podia ser manumitido<sup>(480)</sup>. — E em outros casos semelhantes aos que ficam mencionados<sup>(481)</sup>.

## §89.

Algumas das determinações do Dir. Rom., de que assim damos notícia, tem toda a aplicação entre nós, mas com os mesmos favores. Tais são: 1.º a respeito do escravo especialmente hipotecado ou dado em penhor<sup>(482)</sup>; 2.º a alforria em fraude dos credores<sup>(483)</sup>; 3.º nas manumissões testamentárias a alforria em fraude ou prejuízo dos herdeiros necessários<sup>(484)</sup>; 4.º em outros casos semelhantes<sup>(485)</sup>.

Outras, porém, entendemos não aceitáveis, já não dizemos das que o próprio Direito Novo aboliu, mas das que ainda conservou, — ou porque são de instituição peculiar do povo Romano<sup>(486)</sup>, — ou porque são fundadas em sutilezas, e fundamentos incompatíveis com o estado atual do nosso Direito

e Jurisprudência, das idéias Cristãs, da civilização e idéias do século no Mundo e no nosso próprio País(487).

### §90.

A legislação Romana reconhecia que, enquanto a liberdade não era perfeitamente conferida, isto é, estava na mente do senhor (*in mente reposita*), podia ser retirada, v. g. quando apenas consignada em testamento ou codicilo, vivendo ainda o senhor, por ato deste expresso ou tácito, direto, ou não; bem como o podia ser por disposição da Lei(488). Assim: por lei era nula a liberdade legada pela senhora ao escravo seu adúltero(489); — e por ato do senhor, tácito ou implícito, quando este alienava o escravo em sua vida(490); mas se voltava ao testador. não caducava a disposição(491); quando por ato expresso e direto posterior revogava a alforria, s. c., outro testamento ou codicilo, ou quando era alienado pelo credor, v. g. em execução, ou para pagamento(492).

Este Direito é aceitável como subsidiário, menos quanto à latitude de aplicação, v. g. no caso primeiro figurado em pena do adultério, e outros semelhantes(493).

### §91.

A mesma legislação ainda punia a fraude proveniente de *conluio* para que algum escravo ou mesmo liberto se fizesse declarar *ingênuo*(494). Mas ao mesmo tempo punia o conluio para fazer-se declarar escravo quem o não era, e em prejuízo das manumissões(495).

### §92.

Outras questões, e importantes, se podem levantar. A matéria é vasta; desenvolvê-la seria exceder o plano deste nosso trabalho. Todavia de algumas trataremos nos artigos seguintes,



em que nos ocuparemos das liberdades fideicomissarias, a escravos comuns a vários donos, debaixo de condições, ou cláusulas, a escravos alheios, da alforria legal e forçada, das ações de liberdade, e dos libertos.

Art. III. *Terminação forçada ou legal do cativoiro.*

§93.

Conquanto, em regra, a manumissão ou alforria, dependa de ato voluntário dos senhores, todavia de Direito pode ela vir ao escravo por determinação da Lei, tenha por fundamento algum ato mesmo presumido ou conjectural do senhor, ou não o tenha, vindo então de pura disposição do legislador, mediante indenização ou sem ela.

Não confundiremos com esta matéria a proteção que as leis outorgam para fazer valer liberdades conferidas, e cujo cumprimento se retarda ou recusa, nem os outros favores concedidos a bem da liberdade, de que já temos tratado, e ainda trataremos em artigos subseqüentes.

Aqui nos ocuparemos somente daqueles casos em que a alforria ou liberdade vem de disposições legislativas, a fim de ser alguém declarado livre, mesmo contra a vontade do senhor.

§94.

Já vimos que entre todos os povos, e em todos os tempos, isto se tem dado, ainda segundo as legislações menos favoráveis à liberdade qual a dos gregos na antigüidade, a do Código Negro para as colônias Francesas, a da União-Americana, e outras(496).

As leis de Moisés, lembrando sempre aos Judeus que também eles foram escravos no Egito, recomendavam a maior

benevolência; não admitiam a perpetuidade da escravidão mesmo para o estrangeiro quando naturalizado hebreu; consignavam vários casos de alforria legal; bem como gratuita, embora forçada; e até exigiam que o escravo não saísse sem alguma cousa, devendo o senhor preparar-lhe o seu *alforge* (497).

## §95.

Entre os Romanos, vários casos se davam(498). Assim :

1.º A morte natural, como já dissemos(499).

2.º O parentesco próximo, qual o de filho ou descendente, ascendente, e outros semelhantes(500).

3.º O casamento do senhor com a escrava própria(501).

4.º O abandono do escravo por velho ou enfermo, segundo um edito de Claudio(502). — Importava a liberdade; com perda para o senhor dos direitos de patrono, segundo Justiniano(503).

5.º O escravo enjeitado ou exposto infante(504).

6.º O casamento do escravo ou escrava com pessoa livre, sabendo-o o senhor, ou fingindo ignorá-lo; quer lhe constituísse dote, quer não(505).

7.º O concubinato do senhor (solteiro) com escrava própria, se nele persistisse até sua morte; ficava livre a escrava(506).

8.º A escrava prostituída contra vontade (invita) pelo senhor, em compensação e pena(507).

9.º Aquela que, vendida com a cláusula de ser livre se

fosse prostituída, fosse violada, ainda que pelo vendedor(508).

10. A castração do escravo(509).

11. A circuncisão do escravo por Judeu(510).

12. Em prêmio de serviços ao senhor, ou ao Estado, v. g.: o escravo que descobrisse o assassino do senhor(511); aquele que, por disposição do testador ou do herdeiro, acompanhasse o funeral coberto com o barrete da liberdade(512); aquele que guardasse o corpo do senhor até ser dado à sepultura(513); aquele que denunciasse crimes graves e seus autores, como rapto, moeda falsa, deserção(514).

13. A conversão ao Cristianismo de escravo de infiel, herege, e pagão(515); exceto se o senhor igualmente se convertia no mesmo ato(516).

14. A prescrição(517).

## §96.

Não menos dignos de menção se fazem alguns outros casos de alforria forçada, tendo por base algum ato do senhor ou de algum dos senhores. Assim :

1.º Nas liberdades fideicomissarias(518).

2.º Quando conferida a alforria por um condômino; os outros podiam ser constrangidos a respeitá-la, mediante indenização das suas quotas(519).

3.º Quando o escravo resgatava a sua liberdade por si, ou por outrem, com dinheiro próprio ou não(520). — O favor era tal, que, ainda que não pudesse pagar tudo em dinheiro, era admitido a pagar com seus serviços(521).

4.º Se era alienado com a cláusula *ut manumittatur*(522).

5.º Se o senhor recebia dinheiro de alguém para libertar algum seu escravo(523). — *A simples promessa* não obrigava o senhor(524).

6.º Quando, abandonado pelo senhor à satisfação do dano (*noxæ deditio*), o escravo apresentava o seu valor(525).

7.º Se o senhor lhe negava alimentos por inutilizado ou doente(526).

8.º Se coagia ou induzia a escrava a desonstar-se(527).

9.º Se o instituía herdeiro(528), ou nomeava tutor(529); adquiria implicitamente a liberdade(530).

10. Se, com ciência do senhor, entrava para o exército, ou religião(531).

### §97.

Por nosso Direito devemos, igualmente, consignar que a liberdade pode vir ao escravo, mesmo contra vontade do senhor, por virtude da lei. Assim:

1.º A morte natural extingue a escravidão, como já vimos(532). — Se resuscitasse, seria como livre(533). — Questionou-se a respeito dos que fossem salvos por alguém de morte certa em caso de naufrágio(534).

2.º O descendente, ascendente, ou outro parente, consangüíneo ou afim, como vimos acima(535).

3.º O cônjuge não pode ser escravo um do outro(536).

4.º O escravo enjeitado ou exposto(537).

5.º Aquele que manifestava diamante de 20 quilates e para cima, era liberto, indenizando-se ao senhor com 400\$(538).

6.º Aquele que denunciava a sonegação de diamantes pelo senhor, igualmente; e recebia mais o prêmio de 200\$(539).

7.º Também obtinha a liberdade o escravo que denunciasse o extravio ou contrabando de tapinhoã e pau brasil(540).

8.º O irmão da Irmandade de S. Benedito, resgatado por esta nos casos de sevícia e venda vingativa do senhor(541).

9.º O abandonado por inválido, se se restabelece, não deve voltar ao cativo(542).

10. Pela saída do escravo para fora do Império; pois, voltando, é como livre, salvos unicamente os casos de fuga e de convenção em contrário(543).

11. Pela prescrição(544).

#### §98.

Em outros muitos casos, dos enumerados segundo a Legislação Romana; podem os escravos também entre nós conseguir a liberdade, mesmo contra a vontade dos senhores, mediante indenização ou sem ela, como ficou dito, e ainda veremos em outros lugares(545).

#### §99.

Por disposições especiais se tem mandado conferir a alforria. — Assim:

1.º Para servirem na guerra da independência foram escravos comprados e desapropriados, dando-se-lhes porém a liberdade(546).

2.º A uma escrava que oferecia uma soma para libertar-se se mandou dar proteção(547).

3.º A uma outra contra a senhora que exigia preço exorbitante pela alforria(548).

4.º A um que tinha praça no exército e que negava ser escravo, igualmente se mandou dar Curador que o defendesse(549).

5.º A vários de Ordens Regulares, mediante preço(550); e mesmo sem ele(551).

6.º A escravos da Nação, mediante preço(552).

7.º Aos quatro escravos que carregaram em cadeirinha o Imperador D. Pedro I na sua enfermidade(553).

8.º Aos escravos que serviram na guerra da rebelião do Rio Grande do Sul, mediante indenização aos senhores(554).

## §100.

A nossa Constituição art. 179 §22 garante a propriedade em toda a sua plenitude, salvos os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública definidos nas Leis; ora nenhuma lei, dizem, tem ampliado ou aplicado a bem da liberdade semelhante desapropriação, a título de humanidade e utilidade social.

Essa teoria da desapropriação não tem, no nosso entender, rigorosa aplicação em semelhante questão, atenta a

especialidade ou singularidade da propriedade *escravo*. A desapropriação só tem verdadeira e legitimamente lugar quando se trata de haver a propriedade do cidadão ou o uso dela(555); e conseqüentemente também em relação ao escravo, quando se quiser havê-lo conservando-o porém escravo, propriedade, ou os seus serviços. Não assim, quando se trata de libertá-lo; aqui essa propriedade *fictícia, odiosa* mesmo, desaparece; a lei humana que a consagra por um abuso inqualificável cede o lugar à lei Divina, à lei do Criador, pela qual todos nascem livres; já não é rigorosamente uma questão *de propriedade*, e sim de *personalidade*(556).

Conseqüentemente não procedem aquelas dúvidas ou antes pretextos para que se não devam reconhecer como legítimos certos casos definidos no nosso e no Direito Romano, em que o escravo, ainda opondo-se o senhor, possa e deva ser declarado livre, mesmo gratuitamente conforme for o caso(557).

E, generalizando, perguntaremos — se uma lei declarasse livres os escravos, ou as escravas, ou um certo grupo, abolisse enfim a escravidão, mediante indenização ou mesmo sem ela segundo os casos e circunstâncias, como dispunham os Judeus, e o fizeram nos tempos modernos as Nações da Europa sobretudo Portugal, a França, Inglaterra, Holanda, e outros países do mundo, e ainda ultimamente os Estados Unidos da Norte América, estaria porventura fora da órbita das atribuições constitucionais do Poder Legislativo? Certamente que não; se a escravidão deve sua existência e conservação exclusivamente à lei positiva(558), é evidente que ela a pode extinguir. A obrigação de indenizar não é *de rigor*, segundo o Direito absoluto ou Natural; e apenas de *equidade* como conseqüência da própria lei positiva, que aquiesceu ao fato e lhe deu vigor como se fora uma verdadeira e legítima propriedade; essa propriedade fictícia é antes uma *tolerância* da lei por motivos especiais e de ordem pública, do que reconhecimento de um

direito que tenha base e fundamento nas leis eternas, das quais a escravidão é, ao contrário, uma revoltante, odiosa, e violentíssima infração, como as próprias leis positivas não reconhecido. Essa manutenção está, pois, subordinada à *cláusula implícita* e subentendida na lei positiva — *enquanto o contrário não for ordenado* — ; é um *direito resolúvel*, logo que esta cláusula se verifique, isto é, logo que o legislador o declare extinto.

Art. IV. *Alforria ao escravo comum; em usufruto; alheio. — Filhos. — Aquisições.*

### §101.

O condomínio nos escravos pode suscitar sérias dúvidas no caso de ser por algum dos condôminos conferida a liberdade; porquanto ou se há de resolver que o individuo fica em parte livre e em parte escravo, ou que os outros condôminos são obrigados a ceder de seus direitos a bem da liberdade.

### §102.

No Direito Romano antigo fora decidido que, se a manumissão era dada por *modo solene*, o senhor entendia-se demitir o seu domínio quanto à parte respectiva, que conseqüentemente acrescia aos outros condôminos (*jure accrescendi*); se por modo *não solene*, nem o demitia, nem libertava(559).

Isto, porém, sofreu modificações favoráveis à liberdade desde o tempo do Império(560); até que Justiniano decretou que o escravo seria livre, quer a liberdade proviesse de ato entre vivos, quer de última vontade, mediante indenização aos condôminos, abrogado o direito de crescer(561).

Se o condômino legava ao escravo a parte que no



mesmo tinha, entendia-se que o libertava; e devia-se proceder como nos outros casos em geral(562).

### §103.

Esta legislação novíssima é inteiramente conforme à boa razão, e aceitável entre nós como subsidiária. E efetivamente o tem sido. Haveria absurdo em ser alguém parte livre, e parte escravo(563).

Quanto aos filhos havidos de escrava em tais condições, é nossa opinião que eles, seguindo a sorte do ventre, são livres(564).

### §104.

Vejamus em relação ao escravo em usufruto a alguém, o que se passava por Direito Romano, quanto à alforria.

Pelo Direito antigo, se o usufrutuário libertava, entendia-se que havia apenas renúncia do usufruto; se o nu proprietário, havia abandono da propriedade para o senhor, ficando porém o escravo *servus sine domino*, e só podia alcançar a liberdade com a extinção do usufruto(565). Justiniano reformou tudo isto, declarando: 1.º que, se a manumissão conferida pelo usufrutuário fosse com intenção de renunciar ao usufruto, assim se deveria entender, adquirindo desde logo o nu proprietário a propriedade plena; mas que, no caso contrário, o escravo permaneceria *in libertate* enquanto durasse o usufruto(566); 2.º que, manumitido pelo nu proprietário, seria *livre* adquirindo para si, e não mais *servus sine domino*, embora sujeito ao usufruto até que este se extinguisse(567).

Se a liberdade era conferida por ambos (usufrutuário, e nu proprietário), ou por um de consentimento ou ciência do outro, o escravo ficava desde logo plenamente livre(568).

## §105.

Estas determinações são inteiramente aceitáveis como direito subsidiário. — Devemos ainda acrescentar :

1.º Que os filhos das escravas serão livres, se o forem suas mães; não quando estas apenas se mantenham *in libertate* pelo fato simples do usufrutuário, mas quando sejam livres pelo fato de ambos, ou do nu proprietário, como ficou exposto(569).

2.º Que se o usufrutuário tem a faculdade de alienar, pode validamente libertar o escravo, porque já não é simples usufrutuário, e sim proprietário ou quase-proprietário(570), embora em alguns casos fique obrigado pelo valor do escravo; tal é o caso das doações sujeitas à colação, em que o herdeiro, conquanto obrigado a trazer os bens à colação, pode aliená-los(571).

## §106.

Quanto à alforria concedida por alguém a escravo alheio, adiante diremos(572).

*Art. V. Condições, prazos, modo, cláusulas adjectas às manumissões.*

## §107.

A manumissão ou alforria pode ser, como temos visto, a título oneroso ou gratuito, por ato entre vivos ou de última vontade. Pode ainda ser pura e simples, ou não.

## §108.

Entre os Romanos, a legislação tinha em consideração todas essas distincões, e assim decidia as questões; embora, por via de regra, de um modo sempre favorável à liberdade,

sobretudo no Direito Novo e Novíssimo. Mas não deixava de ser bastante intrincada, principalmente pelas sutilezas, e especialidades próprias daquele Povo e do seu Direito.

### §109.

As *condições*(573) eram em geral admissíveis, salvas as restrições e exceções favoráveis à liberdade; fossem essas condições *casuais, potestativas, ou mistas, afirmativas ou negativas*(574).

A condição *suspensiva*(575) igualmente; e constituía o escravo em uma posição melhor, dando-lhe os Romanos até a denominação especial de *statuliber*, de que trataremos em outro lugar(576).

A condição *resolutiva*(577), porém, tinha-se por não escrita ou nula, visto como, uma vez adquirida a liberdade, não se podia revogá-la arbitrariamente, e portanto fazer recair em escravidão por semelhante modo(578).

Quanto aos *prazos*(579), era lícito o *ex die* ou *in diem*, porque não havia impedimento ou absurdo em que o escravo só começasse a gozar da liberdade ou fosse plenamente livre desde certa época. Ainda assim, haviam limitações(580). Adjecto à manumissão constituía também o *statuliber*, de que adiante trataremos(581).

O prazo *ad diem*, porém, era proibido, e tinha-se por não escrito ou nulo; porque, dada a liberdade, ninguém podia fazê-la cessar e reviver a escravidão limitando a época ou termo final(582).

O *modo*(583) constituía um ônus ou obrigação ao liberto; mas não impedia a aquisição da liberdade(584).

Bem assim outras *cláusulas*(585), contanto que não reprovadas pelas leis, pelos bons costumes, pela moral, e que não importassem vexame ao liberto ou impossibilidade de cumpri-las(586).

A condição *impossível*(587) tinha-se por nula ou não escrita(588).

A condição *quase impossível*, bem como *o prazo tão remoto* que não fosse de esperar que ainda então fosse vivo o escravo, prejudicavam a manumissão, por se presumir que o senhor a não conferia realmente(589). Ainda assim, em muitos casos mantinha-se a liberdade(590).

A falsa *demonstração*, a falsa *causa* não prejudicavam as manumissões(591).

#### §110.

Em tudo quanto tem de favorável às alforrias tais disposições, são elas aceitáveis entre nós como Direito subsidiário.

Das cláusulas *ut manumittatur, ne manumittatur*. já dissemos em outros lugares. Bem como da nomeação de tutor, curador, e instituição de herdeiro pelo senhor, que importam a liberdade ao escravo(592).

As cláusulas ou condições *si nupserit, si non nupserit*, devem-se ter por não escritas, e portanto não impedindo a alforria(593).

#### §111.

Se a condição é suprimida pelo testador, a disposição torna-se pura e simples; e vice-versa, se, sendo pura e simples,

depois lhe é adjecta condição(594).

### §112.

Era freqüente entre os Romanos, e o é também entre nós, libertar-se o escravo com obrigação de dar uma certa soma ao senhor ou a terceiro. O liberto pode satisfazer este ônus com o que tenha do seu pecúlio(595), com o que possa haver por outra forma(596), e mesmo com os seus serviços(597). A impossibilidade em que ele se achasse ou achar de o cumprir, proveniente de fato do senhor, do herdeiro, do legatário, ou de terceiro, e mesmo eventual ou fortuito, não o prejudica(598).

### §113.

É igualmente, entre nós, muito freqüente concederem os senhores autorização aos seus escravos para tirarem certa soma, por subscrição, para sua alforria. Este fato não importa por si só e desde logo a concessão da liberdade; apenas a intenção, ânimo, ou *promessa* de o fazer. O escravo não pode, pois, pretender-se imediatamente livre; tanto mais, quanto depende de satisfazer o preço da alforria(599): o ato ainda não é *perfeito*(600).

Conquanto, porém, essa *promessa* não importe obrigação perfeita nos termos gerais de Direito(601), todavia, por favor à liberdade, pode o escravo pedir a alforria ou ser declarado livre, em qualquer tempo, desde que exhiba a soma, ou mostre satisfeita de sua parte a obrigação(602).

### §114.

De outras questões originadas de condições, termos, modo, e cláusulas adjectas ás manumissões, ainda trataremos, quando nos ocuparmos da liberdade conferida *fideicomissariamente*, e sob *condição suspensiva e ex die*(603).

Art. VI. — *Liberdade fideicomissária. — Aquisições. — Filhos.*

§115.

O senhor pode dar ao seu escravo a liberdade diretamente, ou indiretamente deixando-o a cargo de terceiro.

Este segundo modo era e é a título de *fideicomisso* ou em *forma fideicomissária*. Pode ter lugar tanto por atos entre vivos como de última vontade; pura e simplesmente, ou não. — É aplicável ao escravo alheio.

§116.

Esta matéria segundo a legislação Romana era muitíssimo complicada, pela índole desse Direito, e organização daquele povo. Por forma que mereceu um título especial, que se acha no Digesto(604).

§117.

Entre nós muitas dessas dificuldades desaparecem, tendo-se em atenção o sistema e índole de nossa legislação, nossos costumes e idéias, e sobretudo a organização muito mais simplificada do elemento *servil* da nossa sociedade e época. Todavia a matéria não deixa de ser melindrosa; e em geral teremos de socorrer-nos daquela legislação na deficiência quase absoluta da nossa.

§118.

*Quanto ao escravo próprio.*

O fiduciário (ou encarregado de dar a liberdade) era, por Direito Romano, havido como proprietário do escravo até manumiti-lo; e fazendo-o, adquiria a qualidade e direitos de seu patrono(605).

Proprietário (embora por ficção) podia vender, alienar o escravo; mas o comprador, o aquirente era obrigado a libertá-lo, porque não podia a liberdade ser prejudicada por qualquer título, mesmo de prescrição, e o escravo passava com esse encargo(606). Todavia podia o escravo exigir que o fiduciário o resgatasse e libertasse por preferi-lo para patrono(607). Em alguns casos, embora libertado pelo comprador ou adquirente, era reputado liberto pelo fiduciário, tendo a este por patrono(608).

Era grave questão saber se o escravo ficava ou não livre quando o testador dizia — *O meu escravo F. servirá somente a Paulo,* — ou — *recomendo que o meu escravo F. não seja vendido,* — ou — *recomendo ao meu herdeiro que conserve o escravo F.,* e em outros semelhantes casos. Em geral se decidia que se deve atender à mente ou intenção do testador, resolvendo-se na dúvida a favor da liberdade(609).

A liberdade era sempre salva, intervindo o Magistrado para a fazer valer, em falta, incapacidade, ou culpa do fiduciário. Assim: — Se o legatário não queria aceitar, devia transferir a outrem o seu direito com esse encargo(610): — Se o fiduciário não queria libertar, à sua revelia o fazia o Juiz, e ele perdia os direitos de patrono(611): — Se o fiduciário se achava ausente, morria sem herdeiros, se abstinha da herança, era menor, o Juiz, conhecida a causa, declarava livre o escravo; e em alguns desses casos o fiduciário até perdia os direitos de patrono(612): — Se no escravo liberto fideicomissariamente pelo testador fossem interessados menores *infantes*, devia-se avaliá-lo e pagar aos menores a parte respectiva, mantida a liberdade(613): — Se o fiduciário estava ausente, se ocultava, era menor, doido, surdo-mudo, incapaz, nada disto impedia a liberdade: em geral tinham por patrono o fiduciário, ainda em tais casos, exceto o fiduciário que se ocultava, pois perdia esses direitos(614): — Se o instituído herdeiro e seu substituto

morriam antes do testador, e assim caducava o testamento, nem por isso caducavam as liberdades, mesmo fideicomissarias; eram livres os escravos, tendo por patrono o herdeiro ab-intestado(615): — Se o tutor negava autorização ao menor fiduciário para libertar o escravo, o Juiz supria, conservando o menor os direitos de patrono(616): — Se o escravo, obrigado a contas, era fideicomissariamente manumitido, mas pura e simplesmente, pelo testador, era desde logo livre, embora fosse depois coagido adá-las(617): — Se o testador deixava à deliberação do herdeiro — *Si probaverit, si non reprobaverit, se dignum putaverit*, não podia ele *arbitrariamente* negar a manumissão; o Juiz podia intervir em bem da liberdade(618). — A regra em todos esses e outros semelhantes casos era a que se resume em uma lei de Marco Aurélio, que se lê no Digesto(619).

O escravo fideicomissariamente libertado fazia aquisições para si, mesmo enquanto durasse o usufruto de alguém, e antes que fosse efetivamente manumitido pelo fiduciário(620).

E quanto aos filhos das escravas nascidos antes da efetiva manumissão pelo fiduciário? — Alexandre Severo, declarava-os escravos, e que como tais deviam continuar(621). Ulpiano, decidia que seriam *livres* desde o dia em que se pudesse *pedir* a liberdade; libertos pela mãe, privado por conseguinte o fiduciário dos direitos de patrono(622); e ingênuos em tal caso(623). Marciano, porém, declarava-os livres e ingênuos desde o momento em que a liberdade fosse *devida* (e não simplesmente *pedida*); ainda que a mãe falecesse, ou se não prestasse a pedir a liberdade, ou que houvesse falta culposa ou mesmo involuntária do herdeiro: o que tudo foi apoiado por Decisões Imperiais(624).



Vejam agora que aplicação podem ter entre nós tais disposições.

Em tudo quanto aí há de favorável à liberdade são aceitáveis.

Mas em algumas há ficções peculiares aos Romanos, que obstam a que sejam recebidas sem restrições tais decisões.

Em primeiro lugar: — Por causa dos direitos de patrono, fingia-se que a liberdade não vinha do testador ou senhor, e sim do fiduciário, e que portanto o escravo assim liberto ainda era escravo deste(625). A realidade e verdade é, porém, em contrário; por quanto é o senhor quem demite de si o seu domínio e poder sobre o escravo, quando o manumite mesmo fideicomissariamente; por forma que, ainda entre os Romanos, a lei vinha em auxílio do liberto, tirando até ao fiduciário em muitos casos os direitos de patrono, como já vimos, e declarando que se deviam reputar *diretamente* manumitidos pelo testador ou originário senhor(626). — Demais, segundo a teoria geral do Direito Romano novíssimo ou de Justiniano, essas diferenças de *legado e fideicomisso*, e outras sutilezas semelhantes foram abolidas(627); de modo que se deve entender que a alforria vem diretamente do testador ou benfeitor senhor, e não do fiduciário(628).

Em segundo lugar, e conseguintemente: — Devemos reputar *sem patrono* tais libertos, ficando assim sem aplicação entre nós a distinção que a tal respeito faziam os Romanos, por ser ficção e sutileza; — *Devida* a liberdade *à morte testatoris*, segundo a regra geral de nosso Direito para a aquisição da herança e legados; — *Livres e ingênuos* os filhos das escravas nascidos desde esse tempo, mesmo segundo os princípios da doutrina de Marciano acima exposta; — Legítimas as *aquisições* que tais libertos possam fazer, por qualquer título entre vivos ou de última vontade, como igualmente dissemos

acima; — E não mais de *condição servil* os mesmos libertos, como os próprios Romanos afinal reconheceram e declararam.

O fiduciário ou é simples executor da vontade do senhor (se o fideicomisso é puro e simples), ou pode ter direito aos serviços do liberto por algum tempo, se isto for determinado pelo senhor; o que é freqüente entre nós. Terá neste último caso um *jus utendi*, ou mesmo *usufruendi*, que não é *dominio*, mas todavia não é incompatível com a liberdade, nem impede as aquisições que ao liberto possam vir nessa época<sup>(629)</sup> — Porém esses serviços são intransferíveis, por serem pessoais, e não ser lícito mudar a sorte do liberto obrigado a prestá-los, podendo ser ela empeiorada pela transferência<sup>(630)</sup>.

Ao escravo concebido no ventre materno, e ainda não nascido, pode-se conferir a liberdade também fideicomissariamente<sup>(631)</sup>; e se nascer mais de um, todos são livres<sup>(632)</sup>.

Bem como serão todos livres, mesmo quando já nascidos, se dispondo o testador a favor de um sem o designar nomeadamente, o herdeiro não houver libertado algum em sua vida<sup>(633)</sup>.

## §120.

Quando à liberdade fideicomissária se adjecta prazo *ex die* ou *condição suspensiva*, ela participa da natureza das manumissões condicionais e a prazo, de que adiante trataremos<sup>(634)</sup>.

## §121.

### *Quanto ao escravo alheio.*

Se o escravo libertado fideicomissariamente era do

herdeiro ou legatário, não podia o mesmo herdeiro ou legatário deixar de cumprir a vontade do testador, e libertar o escravo, se aceitasse o legado ou herança(635).

Se, porém, o escravo era de outrem, o fiduciário era obrigado a empregar todos os meios e esforços legítimos para o adquirir e libertar(636). — Se o senhor o não queria vender, entendeu-se a princípio que caducava o fideicomisso, e portanto a liberdade(637). Mas Alexandre Severo decretou que a todo o tempo que o fiduciário pudesse, deveria fazê-lo, ficando assim diferida ou *adiada*, somente, e não *extinta* a obrigação; legislação mantida por Justiniano(638).

Ainda mais, nas manumissões fideicomissarias de escravos alheios, o Magistrado conhecia dos motivos que impediam o fiduciário de cumprir a vontade do benfeitor; e declarava livre o escravo, se ele o devesse ser, resguardando a quem pertencessem os direitos de patrono(639).

Os princípios expostos são aceitáveis entre nós pela boa razão em que se acham fundados.

Art. VII. — *Statuliberi (estado-livres) — Aquisições — Filhos.*

### §122.

O escravo manumitido com um prazo ou termo *in diem* ou *ex die*, ou sob *condição suspensiva*, era constituído entre os Romanos em posição diversa do escravo que ainda tal se conservava, sem todavia ser havido por plenamente livre. Era o que os Romanos denominavam *statuliberi*, para designar aqueles que, sendo de feito livres, dependiam de que se realizasse a condição ou chegasse o dia designado para que o fossem de direito(640).

Esta matéria, no Direito Romano, oferecia graves

dificuldades, devidas à organização peculiar do estado social, do elemento servil, aos seus costumes, e índole, assim como às subtilezas e ficções desse Direito, tormentos dos seus legisladores e Jurisconsultos. E de tamanha importância foi reputada, que no Digesto se lê um título especial a respeito(641).

### §123.

Entre nós, essas razões de dificuldade desaparecem, em face da nossa organização social, das nossas idéias, usos e costumes, da índole do povo, do século e época em que vivemos, e até da nossa própria lei, que reprovou todas aquelas sutilezas e ficções, banindo-as do nosso Direito, e só permitindo seguir-se a legislação Romana, nos casos omissos, pela *boa razão* em que ela se funde, ou em outros termos, segundo o *uso moderno, o espírito do século*(642).

A própria expressão *statuliber* não se encontra em lei alguma nossa, antiga ou moderna(643); apenas a Ord. Liv. 4.º tit. 63 fala em alforria condicional. — Isto, porém, pouco importa; estudemos a matéria, visto que o caso se pode dar, e tem dado.

### §124.

Por Direito Romano, o *statuliber* era aquele que tinha a liberdade determinada para um certo tempo, ou dependente de condição(644).

Nos tempos em que só se podia libertar por *modo solene*, não era possível constituir o *statuliber* senão por *testamento*; Direito antigo, e lei de Alexandre Severo, que foi posteriormente modificada. Eis porque assim o define Ulpiano(645); e também porque o mesmo Jurisconsulto decide que — *enquanto pende a condição, o statuliber é escravo do herdeiro*(646).

Mas, com a faculdade da libertar por outros modos, isto se não deve mais entender estritamente; quer por atos entre vivos, quer de última vontade, solenes e não solenes, a liberdade pode ser conferida a prazo ou sob condição, e constituir o *statuliber*.

Qual era, porém, a posição do mesmo na sociedade Romana em suas relações jurídicas? — Os próprios Jurisconsultos, definindo-a, equiparavam-nos aos escravos, reconhecendo todavia que não eram própria e rigorosamente escravos, pois diziam que — *em quase nada diferiam* (*nihilò pene differunt*), e implicitamente que — *em alguma coisa diferiam*(647).

Estabelecido o princípio de que o *statuliber* reputava-se ainda escravo até que se verificasse a condição ou chegasse o termo, a lógica exigia e conduziu os Jurisconsultos Romanos a todas as extremas conseqüências que dele derivavam. E assim: 1.º era tratado como escravo, mesmo quanto a açoites e outros castigos(648); 2.º nada adquiria para si, exceto se o senhor lhe garantia e reservava o seu pecúlio(649); 3.º era obrigado a servir como escravo(650); 4.º podia ser vendido, alienado, dado em penhor ou hipoteca(651); 5.º era sujeito a ser abandonado ou vendido para satisfação do delito(652); 6.º e até a ser adquirido por usucapião, como os demais escravos(653).

Mas os próprios Jurisconsultos não puderam deixar de reconhecer, que o *statuliber* não era verdadeiramente escravo; e a necessidade de designarem esta idéia nova fez inventar até essa expressão, que não é *servus*, nem *liber*, nem *libertinus*. Tal é sempre o império e força da verdade, que eles se viram forçados a reconhecer no escravo em tais condições um *direito à liberdade*; direito inauferível, como se fosse já definitivamente livre: por forma, que ninguém podia impedir a tal individuo o gozo da liberdade, eis que chegasse o termo ou

se verificasse a condição, fosse o próprio herdeiro, ou qualquer outra pessoa que o possuísse, estivesse onerado ou não com hipoteca, ou mesmo reduzido a cativo inimigo(654), porque a condição o acompanhava sempre, e devia religiosamente cumprir-se a disposição(655); era até crime aliená-lo ocultando a condição(656).

Chegaram mesmo a decidir que ao *statuliber* não era aplicável a tortura ou açoites, por já não ser propriamente escravo(657), contra a doutrina de Pomponio; o que foi confirmado por uma lei de Antonino Pio ou Caracala(658).

Ainda mais; a liberdade foi mantida em tal caso, quer o herdeiro não pudesse cumprir a condição(659), quer pusesse obstáculo ao implemento dela(660), quer este se não pudesse dar por fato alheio ao liberto(661).

O favor levava, na opinião de alguns Jurisconsultos, a decidir sempre pela liberdade, ainda quando parecia (como a outros), que esta se não deveria entender adquirida, v. g.: 1.º se aquele a quem tinha o liberto de dar uma soma não quisesse receber ou morresse antes de a haver recebido(662), ainda que o liberto nessa época não possuísse tal soma(663); 2.º se a pessoa falecesse em vida do testador(664); e em outros semelhantes(665).

A venda importava logo para o *statuliber* a liberdade plena(666).

Podia, finalmente, o *statuliber* *estar em Juízo*(667); benefício singular e extraordinário da lei, que assim reconhecia implicitamente a preponderância da liberdade, visto como aos escravos era proibido.

Estava entendido que o herdeiro podia libertar definitivamente, independente do implemento da condição(668).

Quanto aos filhos das escravas assim manumitidas, havidos enquanto pendia a condição ou o prazo, decidiam que eram *escravos do herdeiro*(669), do mesmo modo que as mães, a sorte de cujo ventre seguiam(670): solução igual à que haviam dado sobre os filhos das escravas libertadas fideicomissariamente(671).

## §125.

Vejam agora qual o uso a fazer entre nós de toda essa doutrina. É um trabalho de reconstrução que vamos tentar; outros farão melhor, ou seguirão aquele Direito.

Prescindamos de todas essas ficções, anacrônicas, obsoletas, sem aplicação ao nosso estado, e vamos à realidade das cousas; investiguemos a verdade em toda a sua virginal e cândida nudez.

A análise, e a aplicação mesmo de certos princípios do Direito geral nos levarão a salvamento, com um pouco de *boa vontade* a favor da liberdade.

Que se passa quando o senhor manumite o seu escravo? — Em alguns textos se lê que — *est datio libertatis*(672); e a nossa lei parece ter isto admitido, quando trata da *alforria* no mesmo título das *doações* (673). — Mas haverá aí real e verdadeiramente uma doação? qual o seu objeto? qual o sujeito ou adquirente?

Não há *objeto*, nem *sujeito*; a menos que se não pretenda ser o próprio escravo quem adquire, apesar de escravo, a sua mesma liberdade ou escravidão; o que é irrisório, e seria admissível apenas por uma ficção quase pueril. A verdade, a realidade das cousas, à parte as ficções, é a que se lê em outros textos, onde se diz *manumittere, de manu missio, de manu dare*, em contraposição a *manu capere*(674). A alforria era entre os

Romanos denominada *manumissio*; e entre nós igualmente *manumissão, emancipação*(675).

Com efeito, em semelhante ato o senhor nada mais faz do que *demitir de si o domínio e poder* que tinha (contra direito) sobre o escravo, restituindo-o ao seu *estado natural de livre*, em que todos os homens nascem(676).

A alforria não é, portanto, em sua última, única, e verdadeira expressão mais do que a renúncia dos direitos do senhor sobre o escravo, e a conseqüente reintegração deste no *gozo* de sua liberdade, suspenso pelo *fato* de que ele foi vítima; o escravo não adquire, pois, rigorosamente a liberdade, pois sempre a conservou pela natureza, embora *latente* (permita-se o termo) ante o arbítrio da lei positiva(677).

Eis o que o profundo e analítico Savigny, demonstra à evidência no seu magno tratado do Direito Romano(678). Doutrina consagrada em várias disposições de nosso Direito moderno(679).

Desde que, portanto, a manumissão tem lugar, quer por ato entre vivos, quer de última vontade, o escravo deixa de o ser, para readquirir, mesmo ante a lei, o seu estado natural de homem, com toda a sua liberdade, e conseqüente capacidade civil.

Mas, dirão, a *condição* suspende, o *prazo* igualmente; ele deve reputar-se continuar no mesmo estado, até que ou este chegue, ou aquela se verifique.

Há nesta argumentação um vício, a confusão de idéias, por não se querer abandonar o terreno das ficções; as quais muitas vezes conduzem a *extremas conseqüências*, que não confirmam os princípios, os quais por conseguinte devem ser abandonados.



Nos contratos ou atos entre vivos o *termo*, ou a *condição*, de que se trata, não obstem à *aquisição do direito*; apenas adiam ou suspendem o *exercício* dele, o cumprimento da obrigação; o direito fica tão perfeitamente adquirido, que ele se transmite aos herdeiros(680). Nas disposições de última vontade, porém, isto não acontecia por Dir. Rom.(681); mas legislações modernas, abandonando-o, têm ampliado a tais atos aqueles mesmos princípios(682). — Não fazendo, portanto, aquela distinção dos Romanos, aplicando a uns e outros atos a mesma doutrina, e admitindo o princípio inconcusso, aliás já reconhecido e firmado naquele Direito(683), de que ao *statuliber* não se pode recusar a liberdade, deveremos logicamente concluir que ele a tem *adquirido desde logo*, e que apenas fica *adiado* ou *suspenso* o *exercício pleno*, o *inteiro gozo* dela(684).

Dirão talvez ainda — o escravo em tal condição não é propriamente livre, tem apenas *direito a liberdade*, na época porém designada, ou verificando-se a condição. — Mas isto é laborar em um verdadeiro círculo vicioso, e sempre no terreno das ficções. O *direito* ele o adquiriu; por tal modo, que já lhe não podem tirar; é inauferível; não é simples *spes*. O *exercício pleno* desse direito, sim, é que fica retardado. — A análise demonstra à evidência que se não devem confundir tais idéias.

E tanto assim é, que o bom senso dos próprios Jurisconsultos Romanos o havia lobrigado, e as leis o foram reconhecendo, — quando viram no *statuliber* um *homem livre*, uma pessoa, não sujeita a açoites, tortura, e penas próprias só de escravos, — quando lhe reconheceram legítimas as aquisições, — quando puniam aquele que o alienava com fraude, — quando garantiam-lhe a liberdade, não obstante quaisquer embaraços voluntários ou involuntários, — quando até lhe permitiam estar em Juízo.

Ainda mais: em legislação de povos nossos

contemporâneos, qual a dos Estados Unidos da Norte América, aliás em geral não favorável à causa da liberdade dos escravos(685), se lê, v. g., no Código da Luisiana — que o statuliber pode fazer aquisições, devendo ser os bens entregues a um curador, à semelhança dos menores, o qual os administre até que ele o possa fazer por si(686); que os filhos das escravas em tal condição não são escravos, e sim livres, sujeitos apenas à mesma sorte das mães com os mesmos direitos que estas, até verificar-se a condição ou chegar o termo(687); e que finalmente foi providenciado em ordem a evitar que sejam reduzidos à escravidão(688).

Entre nós, porém, que não podemos aceitar sem restrições aquelas disposições do Direito Romano por incompatíveis com a boa razão, e fundadas em ficções, em sutilezas, em costumes e idéias peculiares daquele Povo, nem a doutrina da legislação da União (Sul) Americana por motivos semelhantes, atendendo por outro lado à índole de nossas leis, aos nossos costumes, e às idéias do século e época, assim como a que o favor à liberdade sem quebra de um direito certo e incontestável de terceiro é o grande e seguro regulador em tais questões, devemos concluir: 1.º que o statuliber é liberto, embora condicional, e não mais rigorosamente escravo(689); 2.º que ele tem adquirido desde logo a liberdade, isto é, o direito; ou antes, tem desde logo sido restituído à sua natural condição de homem e personalidade; 3.º que só fica retardado o pleno gozo e exercício da liberdade até que chegue o tempo ou se verifique a condição; à semelhança dos menores, que dependem de certos fatos ou tempo para entrarem, emancipados, no gozo de seus direitos e atos da vida civil; 4.º que pode fazer aquisições para si, como os menores(690); 5.º que não é passível de açoites nem de penas só exclusivas dos escravos; nem ser processado como escravo; 6.º que não pode ser alienado, vendido, hipotecado, adquirido por usucapião; é mesmo crime de reduzir à escravidão pessoa livre(691); 7.º responde pessoal e

diretamente pela satisfação do delito como pessoa livre(692); 8º os filhos da *statulibera* são *livres e ingênuos*, visto como livre é o ventre; a condição ou o termo não mudam nem alteram a sorte da mãe quanto à sua verdadeira e essencial condição de livre(693): 9.º que o serviço, a que o *statuliber* seja ainda obrigado, já não é propriamente *servil*(694); 10. que não há aí patronos a respeito mesmo dos assim libertos, à exceção somente do próprio ex-senhor(695).

Mas, dirão ainda, parece contrasenso que alguém seja livre e não possa exercer sua liberdade, que esteja na dependência de que chegue uma época ou se realize um evento. — A resposta é simples. Basta apontar tantos outros livres, que todavia não o podem fazer senão nas mesmas condições, quais sejam os menores, os interditos, e outros. E já o havia prevenido em sua Filosofia Cristã o grande reformador Justiniano, quando declarou que não era incompatível ser alguém livre, e estar em usufruto a outrem(696). Muito menos o é, quando se não trata de usufruto como no *statuliber*.

O nosso Direito pátrio, mesmo moderno, ainda nos fornece outros exemplos. Aquele que se obriga a servir a outrem por tempo determinado é livre; e todavia pode ser constrangido a servir na forma ajustada(697). O liberto, eis que aceita a alforria (nem lhe é lícito recusá-la), implícita e tacitamente aceita a obrigação, quando o não faça de modo expresso; se não há *contrato*, há *quase-contrato*; e a própria Lei(698) o dá claramente a entender.

#### SEÇÃO 4.<sup>a</sup> — AÇÕES DE LIBERDADE E ESCRAVIDÃO. — FILHOS. — PRESCRIÇÃO. — FAVORES.

### §126.

As questões de liberdade e escravidão são as mais freqüentes, pois se referem à prejudicial do *estado* de alguém,

ser *livre* ou *escravo*.

Pode-se pretender fazer declarar escravo (ação de escravidão), ou livre ou liberto (ação de liberdade).

### §127.

Entre os Romanos, foi objeto regulado por muitas disposições que mereceram um título especial no Digesto(699), e no Código(700).

A princípio, era indispensável o *adsertor libertatis*(701), ou defensor, sem o qual o indivíduo não era admitido a defender-se, correndo o risco de ser entregue como escravo a quem como tal o reclamava(702), embora, a favor da liberdade e no interesse dos parentes e mesmo da mulher, lhes fosse permitido, assim como a outros e ao patrono, oferecerem-se e servirem de defensores(703). Tais eram, porém, as condições e penas, que por último muito difícil era achar defensores; pelo que houve dispensas especiais, e foi afinal regulado isto em forma geral por uma lei de Teodosio(704): até que Justiniano suprimiu completamente, em bem da defesa, essa necessidade, permitindo que pudesse qualquer defender-se em tais causas (fossem de uma ou de outra espécie) mediante apenas *fiança ou caução juratória*(705).

Quanto à *forma* do processo, variou com o regime e domínio das *ações da lei, fórmulas, e extra ordinem*, tomando por fim a questão o carácter de *ação prejudicial*(706).

Relativamente ao ônus da prova, o Direito antigo incumbia-o àquele que contestava a liberdade(707). Mais tarde, resolveu-se que incumbiria àquele que demandasse contra a liberdade, se o indivíduo reclamado como escravo estivesse na posse dela em boa fé (*sine dolo malo*), e ao que se pretendesse livre estando de fato no cativeiro(708).

Na dúvida, ou colisão, decidia-se a favor da liberdade. E a decisão era irrevogável(709).

Mas, de julgamentos diversos sobre o mesmo escravo em relação a pessoas diversas se originaram dúvidas. — O escravo comum é declarado livre a respeito de um, escravo a respeito de outro. Qual sua condição para com este último? — É parte escravo, parte livre? Como cumprir e executar as sentenças? — Dividiram-se os Jurisconsultos Romanos; resolvendo-se afinal no sentido do parecer de Juliano, adotado por Papiniano — *que o escravo é livre, pagando porém ao condômino vencedor a quota proporcional do seu valor determinada a juízo de bom varão*(710).

E quanto aos filhos nascidos das escravas, pendente a demanda? — Se nasciam depois da litiscontestação, seguiam a sorte das mães; se antes, deviam ser nomeadamente compreendidos na ação(711).

A favor da liberdade muitos benefícios se concederam, mesmo em Juízo, além dos já apontados, como dissemos em outro lugar(712). — Contra a liberdade não se dava *restituição*, ainda que a bem de menores(713).

Contra a liberdade não era admissível *prescrição* alguma, por maior que fosse o prazo durante o qual alguém se achasse de fato em cativo ou escravidão(714); quer no Direito Civil, quer no das Gentes para os Romanos(715).

A favor da liberdade, variou muito a legislação. — Segundo o Direito antigo, o rigor era contra aquele que se provasse ser escravo, pouco importando que ele se achasse na posse de homem livre por qualquer tempo: o que todavia sofreu exceções(716). Porém Diocleciano, e Maximiano, firmaram a regra de que a posse contínua da liberdade por 20 anos, em boa fé, obstava à reclamação para a escravidão(717). — Constantino

reduziu esse prazo a 16 anos, mas exigiu título(718). Justiniano, revivendo a lei de Diocleciano e Maximiano, constituiu-a em 10 anos entre presentes, e 20 entre ausentes(719).

A prescrição de 30 anos ou mais longo tempo também podia ser invocada a favor da liberdade, ainda pelo possuidor de má fé, isto é, pelo escravo que cientemente tomava a posição ou estado de homem livre(720).

O Direito Novo introduziu prazos mais limitados para que alguém reclamasse como seu escravo o homem que estivesse na posse da liberdade. — É assim que, em geral, não se podia mais questionar sobre o *estado* de alguém, depois de sua morte, passados cinco anos; exceto se a favor da liberdade(721). E em outros casos a prescrição quinquenal aproveitava à mesma(722).

Com o progresso do Cristianismo, os Imperadores Cristãos introduziram novos prazos mais abreviados a favor daqueles que à Religião se consagravam. Assim: 1.º Justiniano declarou que o escravo que entrasse para o mosteiro e não fosse reclamado com fundamento dentro de três anos, ficaria pertencendo ao mesmo como livre(723); 2.º ainda o mesmo Imperador determinou que o escravo que entrasse para o sacerdócio à vista e face do senhor, ficava logo livre e ingênuo(724); e que aquele que o fizesse ignorando-o o senhor, e não fosse reclamado dentro de um ano, ficaria igualmente livre(725).

#### §128.

Vejam agora o que se passa por nosso Direito, e a aplicação a fazer do que fica exposto.

#### §129.

A questão de liberdade ou escravidão não pode ser tratada em Juízo arbitral, porque este é de convenção e transação, quando sobre a liberdade não é lícito transigir em sentido prejudicial à mesma: o que já havia sido expressamente declarado pelo Dir. Rom.(726).

### §130.

Conseqüentemente também tais causas são dispensadas da prévia conciliação(727); a ausência de sua tentativa não é, pois, motivo de nulidade do processo. Todavia não exclui o fato de se tentar e mesmo efetuar, valendo então por sentença, unicamente se for isto em sentido favorável à liberdade(728).

### §131.

A ação de liberdade, como *prejudicial*, devera ser tratada em *forma sumária*(729). Mas, por estilo do foro, é tratada em *forma ordinária*, bem como a de escravidão; porque, em regra, são ou se podem tornar de alta indagação, e a questão de liberdade é conexa com a de escravidão.

Tratam-se, porém, em *forma sumária* as de *manutenção* de liberdade, quando alguém está na posse dela e teme ser esbulhado.

### §132.

Ainda quando o asserto escravo, ou o livre ou liberto, tenha procurador, ou curador nomeado pelo Juiz de Órfãos(730), deve o Juiz da causa dar-lhe curador *in litem*, como aos menores e demais pessoas miseráveis, isto é, dignas da proteção da lei pelo seu estado ou condição(731).

### §133.

A prova incumbe àquele que reclama contra a liberdade, seja autor ou réu, se o individuo reclamado como escravo ou a cuja ação de liberdade se faz oposição, está na posse dela, pois tem a seu favor a presunção *juris* de que — *todo o homem é livre por natureza* —(732). Não assim, se tal *posse de estado* não há, e o individuo tem ao contrário vivido em cativo(733).

#### §134.

Contra a ação de liberdade nenhuma prescrição se pode opor; a liberdade é inauferível e imprescritível(734).

#### §135.

À de escravidão, porém, ela se pode opor. Por via de regra, é a quinquenal(735). — Se o escravo se fez Religioso ou tomou ordens de sacerdote, poderia vir em dúvida se lhe aproveitaria a prescrição de três anos e de um ano, de que acima falamos(736); conquanto eu decidisse afirmativamente.

#### §136.

Mas, ainda que nem mesmo a de cinco anos pudesse ser invocada por ser a ação intentada em tempo, parece que o religioso, e o sacerdote, uma vez ligados pelos votos ou pelas Ordens, não pode mais ser reduzido à escravidão(737): só restaria uma obrigação de indenizar o seu valor a quem provasse o seu domínio, à semelhança de tantos outros casos(738).

O mesmo devemos dizer, quando motivos iguais ou semelhantes se derem, quais: 1.º de servir ao Estado na guerra ou por outra forma(739); 2.º estabelecer-se como livre, casando e criando-se uma família(740); 3.º estabelecer-se no comércio, na lavoura, na indústria, enfim em outras profissões de manifesta utilidade pública(741).



### §137.

No julgamento sempre se deve decidir o mais favoravelmente que ser possa à liberdade<sup>(742)</sup>. De modo que só se declare escravo e se mantenha como tal aquele sobre quem houver um direito evidente de propriedade; e ainda assim, se não for possível, em rigor ou ao menos por equidade e favor à liberdade, eximi-lo do cativeiro, posto que por meio de indenização ao senhor<sup>(743)</sup>.

### §138.

Os recursos são facultados *todos* a bem da liberdade; de sorte que, seja qual for o valor da causa, é admissível a apelação e a revista contra a decisão a favor da escravidão, sem atenção às alçadas pecuniárias<sup>(744)</sup>. O mesmo não acontece, se a sentença é favorável à liberdade<sup>(745)</sup>.

### §139.

Também se concede a favor da liberdade o *benefício da restituição*, ainda que contra menores<sup>(746)</sup>, porque *nada há mais digno de favor do que a liberdade*<sup>(747)</sup>.

### §140.

Os documentos oferecidos em defesa da liberdade são isentos de selo, bem como o processo; o qual será pago a final pelo vencido, se não for quem a defende<sup>(748)</sup>.

Igual disposição é quanto ao imposto substitutivo da dízima de Chancelaria<sup>(749)</sup>.

### §141.

Quanto às custas, porém, o mesmo se não dá<sup>(750)</sup>.

## §142.

Pelo benefício de restituição, pode o indivíduo que defende sua liberdade vir com segundos embargos, apelar ou interpor a revista fora de tempo, apresentar os autos na superior Instância fora do prazo legal; havendo causa justificativa ou escusa legítima, os Tribunais e Juízes devem admitir(751).

## §143.

Ainda mais: pode intentar ação rescisória ou nova demanda a favor da liberdade, mesmo quando tivesse havido julgamento contra ela em grau de revista; tal sentença nunca passaria em julgado, e pode ser desfeita por provas supervenientes ou por outras causas justas(752); a liberdade é inauferível, seja qual for o título, pelo qual contra ela se pretenda.

## §144.

Uma providência costuma preceder a propositura dessas ações de que tratamos; é o *depósito* do indivíduo em poder de pessoa idônea(753), à semelhança do depósito da mulher casada na ação de divórcio, ou nulidade do matrimônio; e isto a bem da segurança do mesmo, e da liberdade de sua defesa(754). — Tal depósito não é necessário, quando ele se acha na *posse de estado* de pessoa livre(755).

## §145.

De todo o exposto fica, pois, patente de que favores o nosso Direito tem armado a causa da liberdade, mesmo em Juízo, quanto ao processo, além de inúmeros outros quanto à matéria, como vimos, e consta ainda de várias disposições(756).

SEÇÃO V. — PATRONOS. — SEUS DIREITOS. —

## REVOGAÇÃO DA ALFORRIA.

Art. 1.º — *Direitos dos patronos, e revogação da alforria, segundo a legislação Romana.*

§146. — 1.º

Pela manumissão não se entendiam extintas completamente, entre os Romanos, as relações do liberto e manumissor. Este conservava a título de patrono (*patronus*) certos direitos, assim como contraía certas obrigações.

O liberto devia considerar-se membro da família do patrono<sup>(757)</sup>, que a seu respeito era havido por *agnado*; parentesco fictício, d'onde derivavam todos aqueles direitos — *jura patronatus* —<sup>(758)</sup>. Daqui vinha que os libertos tomavam ordinariamente os nomes e prenomes dos patronos<sup>(759)</sup>; se reputavam ligados à casa ou família destes<sup>(760)</sup>; e neles deviam achar um protetor, um defensor, um pai<sup>(761)</sup>, que tinha obrigação de alimentar o liberto e valer-lhe quando necessitado<sup>(762)</sup>.

Patrono era o manumissor, quer fosse o senhor propriamente dito, quer o herdeiro, ou mesmo um estranho<sup>(763)</sup>. Um liberto podia ser patrono dos seus libertos<sup>(764)</sup>.

Os direitos do patrono podiam vir de disposição da *lei*, ou de acordo ou *ajuste* com o liberto.

Da *lei* : 1.º e sobretudo o respeito e bons ofícios, como um filho reconhecido ao bem que se lhe havia feito, restituindo-o à sociedade, à liberdade<sup>(765)</sup>; dever que se estendia aos filhos do liberto<sup>(766)</sup>, e reciprocamente aos do patrono, aos quais corriam igualmente os deveres de piedade para com o manumitido ou seus filhos<sup>(767)</sup>; conseguintemente não podia o liberto chamar a juízo o patrono, ou seus filhos e pais, sem

licença ou vênia do Juiz(768), bem como não podia intentar contra ele certas ações e acusações(769): 2.º alimentar, em caso de necessidade, o patrono, seus filhos, e pais(770): 3.º prestar-lhe serviços pessoais (*operæ officiales*) em ocasiões solenes, ou administrando seus bens, ou servindo de tutor aos filhos, quando lhe fosse exigido pelo patrono(771); estes serviços (officiales) terminavam com a pessoa do patrono, se o liberto se não houvesse obrigado expressamente; não passavam aos filhos e herdeiros do mesmo(772); 4.º o patrono sucedia *ab intestado* ao liberto, se este não deixasse descendentes; e se fizesse, em tais circunstâncias, testamento, deveria o liberto contemplá-lo com a quota legal(773); direito que perdia, se estipulava haver do liberto presentes e serviços (*dona et munera*), ou lh'os houvesse vendido, por equivaler à renúncia da herança(774), e ainda, entre outros casos, quando com seu consentimento se concedia o *jus aureorum annulorum* e a *natalium restitutio*(775).

Do *ajuste* com o liberto, quando este se obrigava a serviços principalmente *fabris* (*operæ fabriles*); para o que era necessário que se fizesse em forma de estipulação (*stipulatio*), ou debaixo de juramento(776); direito que passava aos filhos do patrono, ainda que não herdassem, se fosse constituído com relação aos mesmos(777).

O liberto ficava, porém, isento da obrigação ajustada de presentes e encargos (*dona et munera*), se tivesse dois filhos em sua companhia(778).

Podia o liberto ficar inteiramente desligado do patrono, quanto a obrigações para com o mesmo e seus filhos ou herdeiros: 1.º se o manumissor assim o declarasse(779); 2.º nos casos em que por Direito era reputado sem patrono(780); 3.º pela *natalium restitutio*, e concessão do *jus aureorum annulorum*, aquiescendo o patrono(781); 4.º nos casos em que se perdiam os direitos de patrono(782). — Todavia permanecia sempre no

liberto a obrigação do respeito devido ao patrono, como permanecia no filho para com seu pai(783).

#### §146. — 2.º

O liberto ingrato podia a princípio ser punido pelo patrono, mesmo com o desterro para fora da cidade(784); até que lhe foi concedido por Claudio o direito de reduzi-lo de novo à escravidão(785): o que todavia foi restringido ao caso de persistir o liberto em não cumprir suas obrigações, sendo então vendido judicialmente e entregue o preço ao patrono(786). — Por último Constantino e Theodosio decretaram que, obtida sentença pelo patrono, lhe fosse o liberto ingrato entregue como seu escravo(787); direito mantido por Justiniano(788). — Era, pois, este um dos modos por que se caía em escravidão por Direito Civil(789).

Mas esta revogação não se concedia por qualquer motivo. Os Jurisconsultos e as leis distinguiam a ingratidão *simples* da *qualificada*; a primeira não autorizava a ação de revogação (*revocatio in servitute propter ingratitudinem*), e só a última(790).

Em que casos, pois, era isto permitido? A quem? e contra quem? — É o que se acha decidido em várias leis de Antonino, Constantino, e Justiniano. — As causas só podiam ser — injuriar o patrono atrozmente, — pôr-lhe mãos ímpias, — causar grave prejuízo à fortuna do patrono por traição, — atentar contra a sua vida, — deixar de cumprir aquilo que houvesse ajustado por ocasião da manumissão(791). — A ação *ingrati liberti* só era permitida às próprias partes originárias, e jamais aos herdeiros do patrono, nem contra os herdeiros do liberto(792). O fiduciário igualmente a não podia intentar(793). — Também não tinha lugar a revogação por ingratidão, se a liberdade era havida pelo liberto a *título oneroso*(794).

Mas dependia sempre essa revogação de ação própria, em que se provasse a justa causa da mesma revogação de modo legítimo e convincente, e não ficava a arbítrio do patrono<sup>(795)</sup>; porquanto era o princípio dominante que — *libertas semel data non revocatur*<sup>(796)</sup> —: princípio que obstava a que também a manumissão *causa mortis* fosse revogada *ad nutum*<sup>(797)</sup>.

Art. II. *Por nosso Direito. — Espírito moderno.*

### §147.

O assento da matéria por nosso Direito é a Ord. Liv. 4.º Tit. 63 §§7.º e seguintes, que se inscreve — *Das doações e alforrias que se podem revogar por causa de ingratição.* — Por ela são causas justas de revogar por ingratição a alforria não só as cinco apontadas nos §§1.º a 5.º da cit. Ordenação, deduzidas amplificadamente das leis Romanas acima referidas, mas ainda as outras declaradas nos §§7.º e 8.º, com a latitude de ser suficiente para esse efeito *alguma ingratição pessoal*, mesmo *verbal*, posto que feita *na ausência*, e não na presença do patrono! com o adminículo enfim do §10 (comum a todas as doações) de ser nula, em geral, a cláusula pela qual alguém se obrigue a não revogar por ingratição a doação<sup>(798)</sup>!

Basta, nos parece, o enunciado de tal legislação<sup>(799)</sup> para entrar o espírito em dúvida se ela se deve ainda hoje reputar em vigor, ou caduca no todo ou em parte. — Estudemos.

### §148.

*Quanto aos direitos de patrono.*

Esse parentesco (fictício) que o constituía como que *agnado* do liberto, certamente ninguém o admitirá entre nós; nem com efeito se acha recebido. É uma ficção dos Romanos, como tantas outras, para fundamentar uma teoria, explicar certas

disposições(800). E todavia, entre eles, era a base ou princípio d'onde derivavam os direitos do patronado(801).

Faltando assim o fundamento de tais direitos, não se pode entre nós dar-lhes a mesma extensão que ali tinham; tanto mais, quanto, mesmo entre os Romanos, como vimos, o liberto podia ficar inteiramente exonerado das obrigações correspondentes a tais direitos, em muitos e diversos casos, embora subsistisse sempre a do respeito e bons ofícios para com o patrono, à semelhança do bom filho para com seu pai(802).

Esta deve, pois, ser a regra para nós; e os nossos costumes de longa data, a nossa Jurisprudência, o nosso Direito enfim parecem firmá-la.

Se alguns libertos tomam os apelidos dos patronos, pode ser um fato; porém jamais um direito ou uma obrigação.

Nenhuma lei obriga o patrono a defender o liberto em Juízo; se ele o fizer, é por ofício de piedade, quando for pessoa miserável ou carecedora de auxílio. Ante a nossa lei, o liberto é um homem *livre, sui juris*.

Também não tem obrigação rigorosa o patrono de alimentar o liberto. O Ass. de 9 de Abril de 1772, estatuinto regras nesta matéria, não compreendeu semelhante caso, conquanto interpretasse a Ord. Liv. 4.º Tit. 99, e em tempo em que a escravidão ainda existia em Portugal e não somente nas suas possessões(803).

Portanto, e reciprocamente, também não se pode entender que o liberto tenha rigorosa obrigação de alimentar o patrono(804); a obrigação é imperfeita(805).

O liberto, igualmente, não está inibido de intentar ações contra o patrono, ou acusação, e mesmo de dar denúncia; o Cod.

do Proc Crim. arts. 72, 73, 74, 75, não lho veda(806).

Entendemos que, do mesmo modo, não é o liberto adstrito aos serviços pessoais (*operæ officiales*), nem aos fabris (*operæ fabriles*), nem aos presentes e encargos (*dona et munera*), exceto se houver acordo ou ajuste entre o patrono e o liberto(807): — sendo, porém, tais serviços lícitos por Direito e pela Moral(808); salvo sempre a qualquer das partes o direito de os exigir ou não, e prestar ou não, conforme as circunstâncias, isto é, em termos hábeis, e ainda mesmo de recusar-se pagando a indenização(809).

Por último, entendemos que, por forma alguma, se pode conceder ao patrono um direito *forçado* ou legal sobre a herança do liberto, quer por testamento, quer não(810). — Esse direito de há muito havia caído em desuso na Europa(811). — Entre os Romanos ele se mantinha mediante inúmeras condições, e sempre fundado no fictício parentesco do patrono; era ainda um vestígio do anterior domínio do senhor sobre a propriedade *escravo* e suas *aquisições*, era uma disposição peculiar desse Povo, era mais um meio de haverem a si certas fortunas; direito a princípio amplo, e depois limitado por Justiniano; direito que, mesmo entre eles, o patrono perdia em vários casos, segundo vimos acima. — Entre nós, o liberto, quer tenha filhos, quer não, é igualado nos seus direitos civis aos demais homens livres, nacionais ou estrangeiros; pode dispor como lhe aprouver, segundo as leis gerais; se morreintestado, sem filhos, sua herança passa aos herdeiros que tenha, ou à mulher(812), e por último ao Estado, nos termos de Direito(813).

Devemos, pois, concluir que, rigorosamente, só ficam subsistindo do liberto para com o patrono os deveres de respeito, bons ofícios, e piedade filial, à semelhança de um filho agradecido(814); pelo que, se o tiver de chamar a Juízo, deve requerer a devida vênua ao Juiz(815). — Bem como, vice-versa,



do patrono para com o liberto, apenas os deveres de piedade paternal(816). — Eis a que se reduz, em nossa opinião, o Direito atual em tais relações.

#### §149.

##### *Quanto à revogação por ingratidão.*

Do que fica exposto já se deve naturalmente concluir qual o nosso parecer a respeito da outra magna questão, isto é, *da revogação da alforria por ingratidão*. — Quanto a nós, é inadmissível hoje semelhante ação(817).

Bem sabemos que a Ord. Liv. 4º Tit. 63 não foi *expressamente* revogada nesta parte. — Há mesmo decisões dos Tribunais do Império que a presumem ainda em vigor(818).

Mas de há tempos se levantaram sérias dúvidas a respeito; e graves pensadores se têm pronunciado em sentido negativo(819).

Na realidade, bem ponderada a questão, levantam-se a favor da opinião que acima emitimos, argumentos de tal valor, que, com um pouco de benevolência à causa da liberdade (aliás tão protegida pelas próprias leis, que a seu favor recomendam toda a equidade, ainda contra as regras gerais de Direito), não hesitamos em sustentá-la como única a seguir nos tempos atuais, e até que se extinga a escravidão ou se tomem outras providências.

Já vimos em outro lugar(820), que a manumissão ou alforria nada mais é do que a renúncia que o senhor faz dos seus direitos sobre o escravo em bem deste, isto é, a *restituição da liberdade* ao mesmo inerente, e cujo exercício e gozo fora suspenso pelo fato violento do cativo, *contrário à lei natural*. — Sendo assim, já os próprios Romanos haviam reconhecido

que a liberdade uma vez conferida não pode mais ser revogada; inúmeros textos o confirmam(821). Ainda mais; eles mesmos haviam declarado que a ação de revogar por ingratidão não cabia senão àquele que *manumitisse gratuitamente*, e não a quem apenas *restituía a liberdade devida*(822). — Há, pois, no fundo de tudo isto o grande pensamento de que a alforria não é mais do que *restituição da liberdade devida ao escravo; a qual, portanto, lhe não pode mais ser tirada por motivo algum*. — O princípio ou idéia dominante deve, pois, ser este — *libertas semel data non revocatur*. A liberdade é inauferível, imprescritível, superior à qualquer valor, digna do maior favor sobre todas as cousas, e não sujeita a ser sacrificada por questões pecuniárias ou outras de semelhante ou diversa natureza.

Por outro lado, a *ingratidão* — era qualificada pela lei, em tal caso, um *crime*(823); e a revogação da liberdade a *punição* de tal crime. — Era, pois uma verdadeira *pena*, embora fosse pedida por ação cível.

Mas que pena, grande Deus! para qualquer dos fatos qualificados justos motivos de revogação! Desde a *simples ingratidão verbal em ausência* até a *tentativa contra a vida do benfeitor*, tudo era causa justa de revogação! Pode-se dizer uma verdadeira rede em que o liberto podia facilmente cair, e ser arrastado de novo para a escravidão. — Salta, pois, aos olhos a barbaridade de semelhante pena, o *excesso odioso* de tal castigo. — Eis a razão também, por que ela caiu em desuso, como acontece com toda a lei que excede os limites do justo.

É digno ainda de notar-se a *desigualdade* em tal punição. Todas essas faltas do liberto eram castigadas do *mesmo modo*, isto é, com a *perda da liberdade*, fosse a ofensa verbal em ausência, fosse a tentativa de morte! Por outro lado; a ação é *personalíssima*; o herdeiro do patrono não a pode intentar em caso algum. Pois bem; o liberto *assassina* o patrono, fato de

muito maior gravidade do que a simples tentativa, ou outro qualquer declarado motivo justo para revogar a alforria; e todavia não pode sofrer essa pena por ter falecido o mesmo patrono, e somente ser punido como livre, embora agravado o castigo por circunstâncias que, na forma das leis, elevem a punição. — Não é, assim, claro o desacordo, diremos mesmo o absurdo de semelhante legislação?

Demais; não há fato algum dos aí enumerados que ou se não devam reputar somente da alçada da moral, e portanto fora da da lei, — ou sujeitos à penalidade da lei criminal, — ou à satisfação resultante do delito ou quase delito, — ou finalmente à indenização pela recusa de fazer ou não fazer. — Eis, por conseguinte, bem definida e firmada a sanção por qualquer infração que o liberto possa cometer contra o patrono, para salvar o respeito às leis(824), e dar plena satisfação ao patrono(825), sem dependência ou necessidade alguma de reduzi-lo ao antigo cativo(826).

Ainda mais: mesmo por Direito Civil geral, quanto às doações propriamente ditas, a opinião mais cordata hoje é que *elas não são revogáveis por ingratidão* —; e assim está consignado no esboço do Projeto do Código Civil para o Império(827). — Com muito maior razão deve semelhante princípio ser aplicável à revogação da liberdade; e desde já, visto como nossos costumes e Direito atual repugnam a uma tal revogação.

Acrescem outros argumentos de grande valia, produzidos já por doutos Jurisconsultos Brasileiros, quais sejam: 1.º quanto aos libertos nascidos no Brasil, fazer-lhes perder os direitos de cidadão Brasileiro contra o disposto na Constituição do Império, por estar fora dos casos taxativamente determinados nela(828); 2.º ser mesmo crime de reduzir à escravidão pessoa livre(829); 3.º ser oposto ao sistema penal

moderno Brasileiro, visto como tal pena foi virtualmente derogada pela Constituição, e legislação penal atual(830).

Devemos ainda atender a outras considerações de ordem igualmente elevada, e que altamente interessam à sociedade. — Na revogação de uma *doação de bens*, a desordem é simples; é uma questão de *propriedade*, que afinal se resolve em restituição ou indenização(831). Mas, na revogação da alforria, o mesmo não acontece. É um homem, é mesmo um cidadão, que perderia todos os seus direitos, de cidadão, de marido ou mulher, de pai de família, de proprietário, lavrador, comerciante, manufatureiro, empregado público, militar, eclesiástico, enfim toda a sua *personalidade*, o seu *estado*, *família*, *direitos civis*, e mesmo *políticos* para recair na odiosa e degradante condição de escravo; sofrendo assim o que os Romanos denominavam uma *capitis deminutio maxima*; e com ela arrastando a aniquilação completa de sua família (aliás base do estado social), e todas as outras irreparáveis conseqüências. Seria uma verdadeira desorganização, que afetaria profundamente a própria sociedade civil, com grande prejuízo e dano do Estado, da pública utilidade. — E pode acaso tolerar-se que isto se verifique no nosso século, na época em que vivemos, com as tendências e louváveis aspirações, já não somente de favor à liberdade mantida a escravidão, mas de abolição da própria escravidão? Parece-nos que a consciência e a razão de cada um, mesmo Juiz, está respondendo que não; e que essa lei se deve ter por obsoleta, antiquada, e caduca, derogada ou ab-rogada pelas leis posteriores, pelas idéias do século, e costumes da nossa época e sociedade, da nossa civilização e progresso.

Nem é razão de duvidar o não haver *lei expressa* em contrário. É este um argumento que espíritos timoratos costumam opor. Uma lei não se entende caduca ou não vigente só quando é *expressamente* revogada por outra. Basta que o

Direito superveniente seja tal, que com ela não possa coexistir na devida harmonia, dando lugar a contrasensos, a oposições, a decisões repugnantes em sua aplicação ou de conseqüências repugnantes. A lei entende-se então caduca, derogada ou ab-rogada(832). O Direito deve, no seu complexo, ser um todo harmônico, e não um amálgama de elementos ou princípios disparatados e mesmo heterogêneos(833); é a perfeita concordância das suas partes, a coerência de suas determinações, essa unidade enfim, que fazem a sua perfeição, a sua beleza, a estética do Direito. É ela que constitui a sublime maravilha das leis da natureza, tão simples, tão harmônicas. Procure o homem, feito à imagem do Criador, imitá-lo, quando não absolutamente nessa simplicidade e perfeição, ao menos nessa harmonia, quanto às leis humanas, conformando-se o mais possível com as leis naturais, que não lhe é dado transgredir(834).