

**TRADUÇÕES / *TRANSLATIONS***

---



# ECONOMIA (E COSTUME) *VERSUS* LIBERDADE. QUESTÕES DE DIREITO SOBRE O TRÁFICO DE ESCRAVOS NO SÉCULO XIX.\*

CLAUDIA STORTI\*\*

## 1 A ESCRAVIDÃO ENTRE PASSADO E PRESENTE. O TRÁFICO 'ATLÂNTICO' DE ESCRAVOS ENTRE OS SÉCULOS XVI E XVIII

A captura, o sequestro e a redução à escravidão de pelo menos 12.000.000 africanos entre os séculos XVI e XX é um tema com o qual precisamos prestar contas. Não podemos evitar olhar para as dinâmicas argumentativas pró e contra a escravidão se quisermos enfrentar, como juristas, os desafios atuais, e futuros, isso se, naturalmente, o Direito resistir como instrumento racional de ordem contra a força e a violência<sup>1</sup>.

---

\* Texto produzido no âmbito da cátedra visitante do Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) concretizada em novembro de 2016. Tradução da língua italiana: Ricardo Sontag. Colaboração para organização das notas: Gabriella Mena Ogusuku.

\*\* Professora catedrática de História do Direito Medieval e Moderno da *Università degli Studi di Milano* (Itália).

1 No título, eu usei a expressão liberdade no lugar de direitos humanos, que eu havia empregado na conferência proferida em Belo Horizonte na Universidade Federal de Minas Gerais em 27 de novembro de 2016. É bem verdade que a liberdade também se insere na categoria dos direitos humanos, mas, sem dúvida, para o jurista-historiador, um conceito como o de direitos humanos, mesmo que utilizado de maneira genérica, traz em si o risco de nos induzir a ler o termo liberdade, como contraposto da escravidão, com as lentes do presente, gerando equívocos em se tratando de um discurso sobre o século XIX. Um século no qual não somente a categoria direitos humanos ainda estava longe de ser concebida, mas em que ainda era difícil reconhecer que a liberdade seria prerrogativa de todos os seres humanos, tanto é assim que os direitos e garantias de liberdade eventualmente concedidos pelas 'constituições' estavam encaixotados nos limites previstos pelas leis, em particular pelas leis de polícia e, em diversos períodos, como é o caso da Itália, suspensos por leis excepcionais. Cf. sobre o debate a esse respeito A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo: mari, terre, oro nel diritto della conquista, 1492-1680*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 429-436).

A investigação sobre as dinâmicas do passado pode servir para afinar o conhecimento sobre o uso de termos e de procedimentos jurídicos com o objetivo de lidar com mais espírito crítico e sensibilidade os desafios do mundo globalizado e para ajustar as ‘armas’ do direito e ‘novas’ estratégias tendo em vista a afirmação dos direitos das pessoas e das comunidades mais frágeis. A rápida e irrefreável circulação das notícias submete a nossa atenção formas de limitação da liberdade, em grande parte diferentes daquelas do passado, mas que, em alguns casos, chegam a ser verdadeiras reduções à escravidão. Entre as múltiplas causas desses fenômenos merecem ser assinalados, antes de mais nada, as tantas guerras, civis ou entre nações, na maioria das vezes não declaradas (com o conseqüente fenômeno da migração de refugiados), a falta de escrúpulos da economia e das finanças, e, frequentemente, políticas insensíveis à tutela dos estratos indigentes e sofridos da sociedade (que, por sua vez, alimentam os fluxos migratórios em busca de melhores condições de vida).

Ainda hoje, apesar da declaração dos direitos do homem de 1948 (artigos 1, 4, 13 e 23) e a convenção de 1956 sobre a abolição da escravidão, do tráfico e das práticas similares à escravidão<sup>2</sup>, podemos falar dos ‘diversamente’ livres ou dos ‘diversamente’ escravos ou, ainda, como se diz, de uma ‘nova’ escravidão e de *disposable people*<sup>3</sup>.

O tema do tráfico de escravos assumiu, para o bem e para o mal, uma clara autonomia em relação ao do colonialismo<sup>4</sup>, e foi - e ainda é - objeto de inúmeros estudos de caráter sociológico, econômico, político e, talvez com menor intensidade, de direito

---

2 *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the slave trade and Institution and Practices Similar to Slavery.*

3 K. BALES, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, University of California, Press 1999 com a descrição dos casos da Tailândia, Maurítânia, Brasil, Paquistão e Índia; TH. CASADEI, S. MATTARELLI, *Nota introduttiva a Il senso della Repubblica: schiavitù* a cura di TH. CASADEI, S. MATTARELLI, Roma Franco Angeli, 2009, pp. 7-19, in part. pp. 14-19.

4 Para uma análise bem articulada sobre os temas do colonialismo e do pós-colonialismo: *L'Europa e gli Altri. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, QF XXXIII-XXXIV, (2004-2005). A. A. NUZZO, *Origini di una scienza e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt Main, Klostermann, 2012 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte).

marítimo, diplomático e internacional e de história do direito<sup>5</sup>. Como lembra Keith Hamilton, por volta dos anos 40 do século XIX, o Lord inglês Aberdeen teve a oportunidade de defender que a diplomacia sobre o tráfico de escravos tinha se tornado um ramo específico das relações internacionais: “*a new and vast branch of international relations*”<sup>6</sup>.

No quadro global da escravidão dos séculos passados, levarei em consideração o ‘espaço jurídico atlântico’ compreendido entre a costa da África e das Américas, uma área indiscutivelmente marcada por características próprias<sup>7</sup>. Características bem distintas, do ponto de vista político, econômico, cultural e, sobretudo, jurídico daquelas de outras partes do mundo, nas quais a redução à escravidão de populações para fins econômicos e militares também foi amplamente praticada.

E ainda, eu não vou me deter nas lutas levadas a cabo por movimentos antiescravistas ou abolicionistas<sup>8</sup>, mas vou me concentrar exclusivamente nas questões inerentes ao tráfico de escravos, a partir do momento em que as pessoas capturadas na África e privadas de liberdade eram transportadas por navios para os portos da América do norte e do sul para serem vendidas aos proprietários de plantações ou de minas e constrangidos a ali trabalhar. A privação da liberdade, naquela época, começa com o desenraizamento da terra de origem, que se realizava, em primeiro lugar, com a violência da captura e da longa viagem de transferência além-mar em condições dramáticas, tanto que muitos perdiam a vida<sup>9</sup>. Emigração forçada

---

5 Cf. as próximas notas.

6 K. HAMILTON, *Zealots and Helots. The Slave Trade Department of the Ninetenth Foreign Office*, in *Slavery, Diplomacy and Empire. Britain and the Suppression of the Slave Trade, 1807–1975*, ed. by K. HAMILTON - P. SALMON, 2009, p. 20;:

7 B. BAYLIN, *Atlantic History, concept and contours*, trad. it de M. MAGNANI, *Storia dell’Atlantico*, Bollati Boringhieri, 2007; P. DELPIANO, *La Schiavitù in età moderna*, Bari, Laterza, 2009, pp. 29-32.

8 Para uma síntese, cf. M. DORIGNY, *Antischiaivismo e abolizionismo. Dibattiti e discussioni in Francia tra diciottesimo e diciannovesimo secolo*, in *Il senso della Repubblica: schiavitù* cit. nt. 3, pp. 111- 132.

9 Sobre as motivações de J. Story em uma sentença de 1821, cf. infra texto nt. 63 e seguintes.

e trabalho forçado, portanto, são os modelos da ‘idade moderna’ de exploração das pessoas para obter trabalho depois de tê-las arrancado de suas terras de origem.

O tráfico de escravos foi qualificado como “a organização que, em escala internacional, planejou a maior das deportações de seres humanos”<sup>10</sup>, o que pode justificar o motivo pelo qual eu vou me ocupar especificamente e prevalentemente de algumas sentenças pronunciadas pelas cortes dos Estados Unidos sobre bloqueios e confisco de navios negreiros exatamente no âmbito do direito internacional.

O tráfico ‘atlântico’ de escravos fez a riqueza não somente de *lobbys* econômicos europeus, de empreendedores particulares e de Estados, mas também das autoridades, em sua maioria muçulmanas, e dos residentes das terras africanas voltadas para o Atlântico que forneciam ao tráfico ‘mercadoria’ humana, fruto de guerras, de condenações penais ou de raptos entre as tribos dos nativos do interior. É opinião comum que, sem a colaboração dos africanos das costas atlânticas ao tráfico, os Europeus não teriam conseguido organizá-lo e, ao menos esse tipo de escravidão de ‘negros’, não teria existido<sup>11</sup>.

A análise de um tema tão complexo e tão cheio de facetas assim não pretende chegar a conclusões, mas pode oferecer matéria para levantar questões.

---

10 C. MARGIOTTA, *La schiavitù tra diritto, memoria e ricerca storica: il caso francese, in Il senso della Repubblica: schiavitù* (cit. nt. 7) pp. 23-31, em part. p. 29.

11 Cf., inclusive para a bibliografia sobre o tráfico de escravos para o novo mundo e as suas consequências sobre a sociedade africana, L.A. LINDSAY, *Captives as Commodities. The Transatlantic Slave Trade*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey, 2008, pp. 54-83 e bibliografia geral em pp. 165-170; J. BLACK, *A brief History of Slavery. A new global History*, London, Constable and Robinson, 2011, pp. 96-97 e para os aspectos de direito internacional da reparação: N. BOSCHIERO, *La traite transatlantique et la responsabilité internationale del Etats, in Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, ed. L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUIÉGUINER et S. VILLALPANDO, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2004, pp. 203-262, em part, pp. 246-262.

## 2 O COSTUME DA ESCRAVIDÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO 'INTER GENTES' OU INTERNACIONAL

Na idade moderna, a disciplina do *status* das pessoas estava reservado ao direito interno e cada Estado tinha pleno poder para regular a escravidão e o tráfico de escravos segundo os próprios interesses. Tal prática, na maioria das vezes, era aprovada pelo direito positivo de cada Estado em particular e, segundo alguns, também pelo direito das gentes, fundado no costume e no consenso dos povos, e que somente no século XIX começou a ser chamado de direito internacional. Como destacou Evaristo de Moraes no seu ensaio *Extinção do tráfico de escravos no Brasil*, o tráfico de escravos durou por séculos em função do costume<sup>12</sup>. E a natureza costumeira da escravidão e o modo violento com o qual obter e traficar os escravos, foi um argumento usado nos recintos dos tribunais pelos defensores de proprietários de escravos.

É o que acontece em uma causa discutida em Londres entre 1771-1772 sobre a qual ainda voltaremos a falar. Como sustentava o advogado do proprietário de um escravo, que se opunha à sua libertação, era possível dizer que, no direito vivo, a escravidão era um instituto legitimado pelo direito das gentes desde a antiguidade e era universalmente aprovado pela prática dos povos modernos (“*A state of slavery has been universally received in the practice of nations. It took place in all the ancient nations, and in all the modern European nations, for many ages*”)<sup>13</sup>.

---

12 E. DE MORAES, *Extinção do tráfico de escravos no Brasil*, Capital Federal, 1916, pp. 7-13; R. E. CONRAD, *The destruction of Brazilian Slavery (1850-1888)*, University of California, 1972.

13 Ver, por exemplo, os argumentos da defesa no caso Somerset decidido por Lord Mansfield: “The law of the colonies is not to be considered as unjust, in authorizing this condition of slavery. The statutes which encourage the African trade show, that the legislature does not look on it in that light. The state of slavery is not contrary to the law of nations. Writers upon that law have enumerated several just and lawful origins of slavery; such as contract, conquest in a just war, and punishment of crimes. In cases where slavery is authorized by the laws of Jamaica, it must be presumed to have proceeded on a lawful origin. The municipal law of no country will be presumed unjust. A state of slavery has been universally received in the practice of nations. It

## 2.1 A ESCRAVIDÃO NO DIREITO ROMANO

De fato, na civilização europeia, que tem suas bases nas cultura grega, e, depois, nas romana e germânica, a escravidão é um instituto muito antigo. No que diz respeito ao direito romano, segundo o direito natural, todos os homens eram livres:

*Jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur* (Inst. 1, 2, 2) (Por direito natural, em origem, todos os homens nascem livres).

Nas relações entre os povos, reguladas pelo chamado *ius gentium*, no entanto, as guerras haviam introduzido a prática de captura e escravidão dos derrotados, ainda que contrária ao direito natural:

*Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humani necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt: bella etenim horta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae* (Inst. 1, 2, 2). (De fato, o direito das gentes é comum a todo o gênero humano, já que foi criado pelos povos em função das exigências da vida: nasceram as guerras, e com elas as prisões e servidões, que são contrárias ao direito natural).

Quase dizendo que, do ponto de vista antropológico, a escravidão representa um dos tipos normais de relações no interior do gênero humano. No direito romano, a escravidão, como instituição do *jus gentium*, ou seja, do direito criado pelas relações entre homens e povos, era legítima e normalmente infligida aos vencidos em guerras ou mesmo como pena por crimes graves.

Admitida pelo *ius gentium* no caso de relações de guerra,

---

took place in all the ancient nations, and in all the modern European nations, for many ages. In some of them it still remains; and in none of them has it been abolished by positive enactments, declaring it unjust and illegal, but gone into disuse by degrees, in consequence of many different causes. Though, therefore, the municipal law of this country does not now admit of this state of slavery in the persons of citizens, yet, where foreigners, in that state, are brought into the country, the right of their masters over them ought not to be annihilated". O texto pode ser consultado, também, em: <https://books.google.it/books?id=ALRKAQAIAAJ&pg=RA3PA48&clpg=RA3PA48&dq=Decisions+court+of+session+John+knight+a+Negro&source=bl&ots=uHVky2zF9i&sig=aB1VoWSpUQ7YqT9o3APJ8DsNzxs&hl=it&sa=X&ved=0ahUKEwjZ7ebLz8zSAhWCdCwKXLPBKAQ6AEIKTAC#v=onepage&q=Decisions%20court%20of%20session%20John%20knight%20a%20Negro&f=false>

a escravidão, por outro lado, era condenada pelos princípios do direito natural que tutelava a liberdade dos indivíduos<sup>14</sup>.

A escravidão, sob o nome e formas diversas de servidão, foi aplicada na alta idade média, quando o direito romano foi esquecido e a sua condenação foi escrita somente nas obras de alguns padres da igreja, como Santo Agostinho<sup>15</sup>.

## 2.2 ...E ENTRE A IDADE MÉDIA E A IDADE MODERNA

Exatamente graças à dupla de *status* – liberdade e escravidão – reconhecidos pelo direito romano, que previa duas disciplinas diferentes de caráter geral (a do direito natural e a do direito das gentes), na história da Europa continental foram legitimadas, entre a idade média e a idade moderna, muitas formas de trabalho servil. Na alta idade média (sécs. VII-XI), os servos eram coisas, e não diversamente dos animais e dos objetos de trabalho, eram objeto de propriedade. As doações ou compras e vendas de terras compreendiam o solo junto com todos os seus pertences: rebanhos de ovelhas, edifícios e estábulos, homens e mulheres, servos e *ancillae*.

A partir do século XII, a doutrina do direito comum tentou construir a relação de trabalho em torno à categoria do contrato sobre o pressuposto fictício do consenso do trabalhador à prestação

---

14 D. 1,1 De iustitia et iure. 1.1.4 *Ulpianus libro primo institutionum*: “Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.” 1.1.5 *Hermogenianus libro primo iuris epitomarum*: “Ex hoc iure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt”. M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana: disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Presses Université Franche Comté, 2000, p. 24.

15 A. A. CASSI, *Agostino contro i mercanti di schiavi: Ius gladii, ungluae carnificis e funzioni della pena*, in *Etica e Political/Ethics and Politics* XVI (2014), 1, pp. 457-471) e cf. Lettera 10 (280) Promemoria di Agostino al Santo Fratello Alipio. [http://www.augustinus.it/italiano/lettere/lettera\\_290\\_testo.htm](http://www.augustinus.it/italiano/lettere/lettera_290_testo.htm)

da sua atividade servil<sup>16</sup>. Mas isto não eliminou nem mudou, ao longo dos séculos, a diferente condição jurídica dos empregadores e dos trabalhadores, nem a posição de força dos primeiros, mesmo depois da unificação italiana, que forçou tantos italianos a migrarem na Europa e no além-mar, inclusive para o Brasil.

Depois da conquista do ‘novo’ mundo, a Europa colonial se preocupou somente com a escravidão dos indígenas<sup>17</sup>.

No interior da escola teológico-jurídica de Salamanca, o debate sobre o estatuto antropológico e sobre o *status* jurídico dos Índios se entrelaçou com a questão, jurídica e política, do direito dos Espanhois de se apropriarem dos territórios das Índias ocidentais – enquanto *res nullius* – e de reduzir à escravidão as populações indígenas<sup>18</sup>. A Bula *Veritas ipsa* do Pontífice Paulo III, que remonta a 1537, que condenava e sancionava com a excomunhão a redução à escravidão, não somente dos índios, mas de todas as “gentes” que,

16 J. C. E. TAVILLA, *Homo alterius. I rapporti di dipendenza personale nella dottrina del Duecento. Il trattato de Hominiciis di Martino da Fano*, ESI, 1993, em part. pp. 179-188. Cf., ainda, a respeito do direito canônico e do direito inglês, R. H. HELMOLZ, *Human Rights in the Canon law*, in *Christianity and Human Rights: An Introduction* (J. Witte, Jr. and F. Alexander eds. Cambridge 2010); R. H. HELMOLZ, *Natural Law and Human Rights in English Law: From Bracton to Blackstone*, 3 *Ave Maria L. Rev.* 1 (2005).

17 Como se sabe, com a Bula *Inter caetera* de 4 de maio de 1493, Alexandre VI reconheceu aos Espanhois a ocupação e governo das terras das Índias ocidentais, para que eles favorecessem a obra de cristianização das populações locais. Na bula, de fato, ressaltavam-se os direitos de outros reis e príncipes cristões adquiridos antes da data da natividade de Cristo de 1492 (§§ 6,7), e como bem sabemos foi isso o que dei origem ao conflito com os portugueses, levando ao tratado de Tordesilhas de 7 de junho de 1494, ratificado, em seguida, pela Espanha e por Portugal, reconhecido pelo pontífice Júlio II em 1506 com a bula *Ea quae bono pacis*. A bula de Alexandre VI teve um papel primordial teve um papel considerável no debate doutrinário sobre o tratamento a ser conferido aos Índios. Cf. O. CONDORELLI, *Diego de Covarrubias e i diritti degli Indiani*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 25(2014), pp. 207-267, in part. pp. 216-221. Cf. ainda, para as perspectivas inovadoras sobre as origens da questão colonial, L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista: strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, [2004]; A.A. CASSI, *Santa, giusta, umanitaria: la guerra nella civiltà occidentale*, Roma, Salerno, 2015; *Dalla civitas maxima al totus orbis: diritto comune europeo e ordo iuris globale tra età moderna e contemporanea*, a cura di A. A. CASSI, A. SCUMÈ, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007; *Guerra e diritto: il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra Medioevo ed età contemporanea*, a cura di A.A. CASSI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009

18 CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo* cit. nt. 1, pp. 245-308.

no futuro, os Cristãos encontrassem, foi publicada justamente durante o debate que contrapôs grandes personalidades do direito e da política laica e eclesiástica. De um lado, para citar somente um nome, o teólogo Juan Gines de Sepulveda, que considerava os índios seres inferiores, não dotados de razão e assimiláveis às ‘bestas’, o que justificaria a necessidade de deportá-los para as colônias a fim de convertê-los, acabando por justificar, assim, os interesses dos *conquistadores*, *encomenderos* e mercadores de armas<sup>19</sup>; do outro lado, com grandes diferenças entre si, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, e, por fim, Bartolomé de las Casas defendiam a humanidade dos Índios, ainda que os considerassem em um estado de menoridade, oferecendo, assim, bases sólidas para a ação de conversão ao cristianismo, e, portanto, às razões do domínio espanhol sobre os seus territórios que, em 1493, o Pontífice Alexandre VI reconheceu para fins de cristianização<sup>20</sup>. Bartolomé de las Casas, encarregado entre 1516 e 1520 da função de Protetor das Índias, conseguiu que, em 1542, Carlos V, Imperador e rei da Espanha, emanasse as chamadas *Nuevas Leyes* para frear as violências dos *conquistadores* e os poderes<sup>21</sup>. O escasso sucesso prático de tais leis é possível verificar não somente pelo fato de que os problemas práticos continuaram nos anos subsequentes, mas, também, o debate, até a célebre ‘disputa’ de Valladolid que aconteceu entre 1550 e 1551 por iniciativa do próprio imperador Carlos V<sup>22</sup>. Outro testemunho disso, entre outros, é o texto de uma aula universitária de Diego Covarrubias (*De iustitia belli adversos Indos*) de 1547-1548, que previa, inclusive, a obrigação de restituição dos bens subtraídos aos Índios e que nunca foi impressa, talvez até por razões de conveniência diante do crescimento dos interesses de natureza econômica

---

19 CONDORELLI, *Diego de Covarrubias* cit. nt. 17, em part. p. 219 e sobre a bula de Paulo III, p. 264 e nt. 173.

20 Ivi, p. 263, 286-287. Sobre Francisco de Vitoria, cf. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, Bari, Laterza, 1999, pp. 563-564.

21 *Nuevas Leyes*, 1542 = *Leyes Y ordenanzas nuevamente hechas por su Majestad para la gobernación de las Indias y ben tratamiento y conservación de los Indios* e cf. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo* cit. nt. 1, pp. 197-205.

22 Ivi, pp. 61-62.

conexos à exploração daqueles territórios e que o jurista submetia à dura crítica<sup>23</sup>.

As rebeliões dos indígenas, que se opunham aos *conquistadores* quando estes os obrigavam a se deslocar do interior para o litoral onde estavam as plantações, como aconteceu no Brasil em 1567<sup>24</sup>, foram as causas da publicação de algumas bulas pontifícias que previam a excomunhão para aqueles que escravizavam os Índios da América do Sul: assim aconteceu com Urbano VIII, com a *commissum nobis* de 1639, publicada no Brasil em 1640, e com a *Immensa pastorum* de Bento XIV de 1741 dirigida aos bispos do Brasil e dos domínios portugueses.

Enquanto isso, a escravidão passou a atingir também os negros deportados da África ocidental, e, sobre isso, parece que durante quase um século, caiu um véu e que a Europa foi um modelo para o Japão em matéria de escravidão<sup>25</sup>.

Na idade moderna, diante daquilo que foi denominado “*spread of capitalist slavery*”<sup>26</sup>, o jusnaturalismo refundou os destinos da sociedade e dos ordenamentos jurídicos com base na razão humana e na igualdade do sujeito de direito. Mas o sujeito livre que os jusnaturalistas tinham mente, na realidade, era o ‘proprietário’, “emblemático de um indivíduo racional, disciplinado e responsável, previdente, feliz, benéfico”<sup>27</sup>. Isso introduziu “novos argumentos e

23 CONDORELLI, *Diego de Covarrubias* cit. nt. 17, pp. 218 -222 e 260-262.

24 J. BLACK, *A brief History of Slavery* cit. nt. 11, p. 61 e cf. L. W. BERGAD, *Slavery and the demographic and economic History of Minas Gerais, 1820-1888*, Cambridge 1999; P. VERGIER, *Flux and Reflux de la traite des nègres entre le golf de Benin et Bahia de Todos os Santos du 17e et 18 siècles*, The Hague, 1968; S. B. SCHWARZ, *Sugar Plantations in the Formation of Brazilian Society: Bahia, 1550.1835*, Cambridge 1985; J. C. MILLER, *Way of Death. Merchant Capitalism and the Angolan Slave Trade, 1730-1830*, Madison (WI), 1988; and *the Rise of the Atlantic System*, ed. B. L. SOLOW, Cambridge 1991; P. MARK, *Portuguese Style and Luso African Identity: precolonial Senegambia, Sixteenth-Nineteenth centuries*, Bloomington, IN, 2002.

25 J. NELSON, *Slavery in medieval Japan*, in *Monumenta nipponica*, 59(2004), p. 488 cit. por BLACK, *A brief history*, p. 51.

26 Cf. Para uma análise sobre as diversas teorias acerca dos motivos do abolicionismo na Inglaterra: JENNY S. MARTINEZ, *Antislavery and the Dawn of International Human Rights Law*, in *The Yale Law Journal*, 550 (2007-2008), pp. 552-641, in part. pp. 552-555.

27 COSTA, *Civitas* (cit. nt. 20), pp. 557-563 (a citação está na p. 558); CASADEI, MATTARELLI, *Nota introduttiva* cit. nt. 3, p. 10.

novos regimes de diferenciação e de exclusão”, contribuindo para alimentar e reforçar preconceitos de natureza racial<sup>28</sup>. Em suma, o jusnaturalismo, por sua vez, teria justificado e fundamentado a “escravidão dos modernos”. A superação da ‘hierarquia’ entre os indivíduos que tinha sido, entre medievo e primeira idade moderna, o medidor da liberdade e da igualdade, não teria permitido a exclusão da existência de motivos de diferenciação no estado das pessoas. O jusnaturalismo, como sublinhou Pietro Costa, ao contrário, teria introduzido um novo elemento de diferenciação, a posse da faculdade racional que levava à distinção entre as pessoas razoáveis e as que não eram: “uma diferenciação que tende a tornar invisíveis na massa os sujeitos ‘diferenciados’”<sup>29</sup>, e, poderíamos acrescentar, que tendem a legitimar a distinção entre o *status* de livre e o *status* de escravo.

A “in-visibilidade” dos escravos dependia, também, da falta, na opinião pública da sociedade europeia do século XVII e de grande parte do XVIII, de uma consciência do problema, ou, pelo menos, de uma elaboração sobre o tema da escravidão<sup>30</sup>, tanto é que, nas Américas, também foram objeto de exploração homens brancos, como os emigrados da Inglaterra, em particular Escoceses e Irlandeses<sup>31</sup>. Somente a ação dos *quakers* e do iluminismo conseguiram, enfim, colocar em movimento ações que, ainda que muito lentamente, se impuseram à atenção do público<sup>32</sup>.

---

28 M. FIORAVANTI, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, carocci, 2012; ID., *Il lato oscuro del moderno. Diritti dell'uomo, schiavitù e emancipazione tra storia e storiografia*, in QF 42(2013), pp. 9-41 e E. STOLFI, *La schiavitù degli Antichi e del Moderni*, in *Historia et Ius*, 4(2013) (www.historiaetius.eu - 4/2013- paper 12).

29 COSTA, *Civitas* (cit. nt. 20), pp. 563-566.

30 J. DAHOMAY, *L'esclavage et le droit*, in *Les abolitions de l'esclavage* de L. F. SONTONAX à V. SCHOELCHER, 1793-1794-1848. Actes du Colloque international tenu à l'Université de Paris 8. les 3, 4 et 5 février 1994, organisé par l'Association pour l'études de la colonisation européenne et placé sous le patronage du programme La Route de l'esclave de l'UNESCO; textes réunis et présentés par Marcel Dorigny, Saint-Denis, Presses Universitaires de Vincennes; Paris: UNESCO, 1995, p. 30.

31 N. FERGUSON, *Empire. How Britain Made the Modern World*, London, Penguin Books, 2004, pp. 69-74.

32 Cf. COSTA, *Civitas* (cit. nt. 20), vol. II, Bari, Laterza, 2000, pp. 77-81.

### 3 A JURIDICIDADE DO ESCRAVO

O escravo, porém, enquanto coisa, era, ao mesmo tempo, objeto de ‘juridicidade’ em diferentes níveis. Por exemplo, de um ponto de vista ‘político’, como objeto da disciplina ditada ‘a favor’ dos escravos no *Code Noir*<sup>33</sup>, em um momento de ‘tensão’ entre o rei francês Luís XIV e os súditos proprietários de escravos nas Américas, pelo temor que a relação direta entre escravo e senhor engendrasses solidariedade e constituísse um perigo para a segurança do Reino e da pátria-mãe<sup>34</sup>. No *Slave Act*, promulgado pela assembleia da Virgínia em 1705, qualquer pessoa transportada como servo para o Estado e proveniente de países não cristãos, com exceção dos Turcos e dos Mouros com os quais existiam relações de comércio, seria considerada escrava<sup>35</sup>.

A lista poderia continuar. A parificação entre escravos e coisas também foi discutida nas controvérsias surgidas entre proprietários de navios – traficantes privados ou companhias estatais<sup>36</sup> – e

---

33 DAHOMAY, *L'esclavage et le droit* cit. nt. 30, pp.30-37, a respeito do “Edit 1685 pour la discipline et le commerce des Nègres et Esclaves dans les Iles françoises de l’Amérique”. Cf., por exemplo, o art. 6 «Enjoignons à tous nos Sujets de quelque qualité et condition qui'ils soient d'observer les jours de Dimanche et de fêtes qui sont gardezpar nos Sujets de la Religion catholique.Leurs defandons de travailler ny faire travailler leurs Esclaves lesdits jours ... soit à la culture de la terre, soit à la manufacture des sucres et à tous autres ouvrages à peine d'amende et de punition arbitraire contre les Maitres et de confiscation tant des sucres que dedits esclaves» e o art. 7 «Leurs défendons pareillement de tenir le marché des Negres et de tous autres marchex lesdits jours sur pareilles peines et de confiscations».

34 DAHOMAY, p. 37.

35 Excertos extraídos de W. W. HENNING, *The Statutes at large, being a Collection of all the Laws of Virginia*, vol. II (1823), que pode ser consultado em <http://www.nwpublicemployeesdiversityconference.org/wpcontent/uploads/2015/09/%20virginiaslavecodes.pdf> e cf. também, por exemplo, L. H. ROPER, *The 1701 “Act for the better ordering of Slaves”*. *Reconsidering the History of Slavery in Proprietary South Carolina*, in *The William and Mary Quaterly*, s. III, vol. 64, 2(2007), pp. 395-418 (<https://www.jstor.org/stable/pdf/4491626.pdf>). Cf., ainda, sobre os ‘códigos negros’ DELPIANO, *La schiavitù* cit. nt. 7, pp. 39-48.

36 A *West Indische Compagnie* das províncias unidas desde 1621, a *Royal African Company* inglesa, instituída por James I em 1618 para o transporte de madeira e de outros produtos da África que se dedicou, depois, também, ou sobretudo, ao comércio de escravos pelo menos até 1698 (FERGUSON, *Empire* cit. nt. 31, p. 75; K. HAMILTON, F. SHAIKH, *Introduction in Slavery, Diplomacy and Empire* cit. nt. 6, p. 2).

os titulares das companhias de seguro<sup>37</sup>.

Um discurso coerente sobre o tema não é fácil, como acontece frequentemente quando se pratica o ofício de historiador. A história da lenta abolição do tráfico de escravos, que nunca teve acelerações abruptas, antes mesmo da mais lenta ainda abolição da escravidão, parece, no estado da arte, imbrincada de muitos aspectos completamente diferentes, em alguns casos, dificilmente coordenáveis. Mais do que como um discurso sobre a vitória dos ideais de justiça em relação aos interesses econômicos (que existiram e eram enormes), ela parece um *patchwork* de iniciativas esparsas que, em certos momentos, tiveram ‘afortunadamente’ sucesso, e que se concluiu no século XIX também porque as exigências da produção se modificaram, para a qual o trabalho servil já não era mais vantajoso. Parece, de fato, usando as palavras do velho Acúrsio, que foi a ‘fortuna’ que assegurou, ao longo do século XIX, junto com o crescimento da Inglaterra como liderança mundial, a convergência dos ideais com os interesses – e, talvez, com a ideologia – da política.

Os primeiros que se opuseram à escravidão, para além dos próprios escravos que viram falir todas as suas tentativas, foram os *quakers*, seguidos, depois, por outras confissões protestantes. Com base nas escrituras e, em particular, no antigo testamento, exatamente os *quakers* conseguiram, nas colônias inglesas da América, colocar em marcha políticas efetivas de abolição da escravidão entre os seus adeptos, proclamar nos seus Estados (Rhode Island, North Carolina, New Jersey, e, sobretudo, Pennsylvania) e se engajaram sobre esse ponto, nos dois últimos decênios do século XVII, em um conflito político com a pátria-mãe que, todavia, na época, não teve sucesso, já que a monarquia não quis aprovar as leis daquelas colônias<sup>38</sup>.

---

37 Cf. em seguida o texto na nt. 40.

38 Para uma síntese sobre as diversas teorias acerca dos motivos do abolicionismo, cf. MARTINEZ, *Antislavery* cit. nt. 26, pp. 559-563; em relação, especificamente, aos Quakers, cf. FERGUSON, *Empire* cit. nt. 31, pp. 76-69; DORIGNY, *Antischiavismo e abolizionismo* cit. nt. 8, em part. pp. 111-119; S. DRESCHER, *Abolition. A history of slavery and antislavery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 106-108, 211-218; DELPIANO, *La schiavitù* cit. nt. 7, pp. 76-79; HAMILTON, SHAIKH, *Introduction* cit. nt. 36, pp. 2-; BOSCHIERO, *La traite transatlantique* cit. nt. 7, p. 219.

Somente depois de mais de um século, seja nos EUA, seja na Grã-Bretanha, os defensores de tais ideais conseguiram exprimir uma iniciativa política diante dos seus respectivos Parlamento até obter, em 1807, uma lei sobre a abolição do tráfico que entrou em vigor em 1808 para ambos os Estados. E esse foi somente um primeiro e pequeno passo inicial, porque transcorreu muito tempo até que outros Estados europeus compartilhassem – de má ou boa vontade – tal escolha. Foi, em suma, a concomitância de interesses diversos (entre os quais, como mencionado acima, os das novas formas de produção) que levou ao sucesso da abolição – no mundo ocidental – primeiro do tráfico de escravos e, depois, da escravidão.

No que concerne a Inglaterra, em pleno iluminismo, os primeiros sinais de efeitos práticos das ideias antiescravistas e/ou abolicionistas provém de um grandíssimo juiz inglês, *Lord William Murray Mansfield*, que foi, também, o fundador do direito comercial moderno<sup>39</sup>.

Foi ele quem, com o seu prestígio, trouxe para o plano do direito o debate sobre a escravidão na jurisprudência da mais alta corte penal inglesa, a *King's Bench*: não a compaixão (pelos escravos), nem os danos econômicos (dos seus senhores) deveriam estar no centro da decisão, mas somente o direito: “*Compassion will not, on the one hand, nor inconvenience on the other, be to decide; but the law*”<sup>40</sup>.

Apesar das opiniões contrárias de outros juízes, na maioria das vezes fundadas em costumes comerciais que reconheciam a

---

39 J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London, 2002<sup>4</sup>, p. 351; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2016<sup>2</sup>, pp. 404-405.

40 *Somerset vs Stewart* que é possível consultar em <http://www.duhaime.org/Portals/duhaime/PDF/CASES/Somerset%20v%20Stewart,%201%20Lofft%201,%201722.pdf> e em <http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1772/57.pdf>, pp. 499-510, em part. p. 509; [https://books.google.it/books?id=IXkDAAAQAAJ&pg=PT17&dq=edit+pour+la+discipline+esclaves+1685+text&source=bl&ots=nf2Ux8wMrw&sig=txAXNe\\_Lpi4Qp\\_Xu7bRtKggq7X7c&hl=it&sa=X&ved=0ahUKEwiE79Xe\\_tDSAhWHthQKHZnuDKIQ6AEINzAE#v=onepage&q=edit%20pour%20la%20discipline%20esclaves%201685%20text&f=false](https://books.google.it/books?id=IXkDAAAQAAJ&pg=PT17&dq=edit+pour+la+discipline+esclaves+1685+text&source=bl&ots=nf2Ux8wMrw&sig=txAXNe_Lpi4Qp_Xu7bRtKggq7X7c&hl=it&sa=X&ved=0ahUKEwiE79Xe_tDSAhWHthQKHZnuDKIQ6AEINzAE#v=onepage&q=edit%20pour%20la%20discipline%20esclaves%201685%20text&f=false) p. 548 ss. e cf. também W.R. COTTER, *The Somerset Case and the Abolition of Slavery in England*, in *History*, vol. 79, no. 255(1994), pp. 31-56 ([www.jstor.org/stable/24421930](http://www.jstor.org/stable/24421930)).

propriedade escrava, e apesar da sua própria convicção segundo a qual o problema só seria resolvido com a regulamentação do tráfico<sup>41</sup>, ele encontrou na *common law* as razões para negar a condição de escravo do recorrente em juízo.

O argumento era muito, muito simples: na *common law*, a redução de um homem à escravidão não era admitida, já que, na Inglaterra, vigia o *habeas corpus act*, publicado em 1679 e aperfeiçoado em 1701<sup>42</sup>, que William Blackstone nos seus *Commentaries* considerava a “*second magna charta, and stable bulwark of our liberties*”, naturalmente depois da *Magna Charta* de 1215<sup>43</sup>.

Na realidade, como lembrou o *report* do caso Somerset, já existiam algumas decisões, em particular uma muito célebre do *Lord Chief Justice* John Holt (1642-1710) que tinham excluído a propriedade de um homem sobre outro, admitindo a extensão do *Habeas corpus* aos escravos que entrassem em território inglês<sup>44</sup>, mas tais decisões não chegaram a se tornar jurisprudência e foram contrariadas por outras opiniões (fundamentalmente, a de Yorke e Talbot de 1749) e por sentenças subsequentes<sup>45</sup>.

41 BAKER, *An Introduction* cit. nt. 36, p. 475.

42 Como se sabe, segundo Blackstone, do ponto de vista do direito político ou civil, os direitos ‘absolutos’ dos Ingleses, normalmente chamados de direitos de liberdade, eram enquadrados em três categorias principais: o direito à segurança pessoal, o direito à liberdade pessoal e o de propriedade (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in four Books*, Oxford, Clarendon Press, 1770<sup>4</sup>, l. I, pp. 125 ss, em part. pp. 134-138, a citação na p. 137).

43 Charles II, *An Act for the better securing the Liberty of the Subject and for Prevention of Imprisonments beyond the Seas*. Em 1701, a disciplina foi estendida à Escócia sob o título *Act for preventing wrongful imprisonment and against undue delays in trials*.

44 BAKER, *An Introduction* cit. nt. 36, p. 475; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa* cit. nt. 36, p. 401. Cf., em particular, os casos: Chamberlain *vs* Harvey (1697) «No man can have property in the person of another while in England» <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1792/456.pdf>; Smith *vs* Brown (1702) 2 Salk 666; Smith *vs* Gould (1705-07).

45 Cf. as referências à jurisprudência inglesa entre os séculos XVI e XVII, à chamada *York-Talbot slavery opinion* del 1729 e à ulterior bibliografia em V.C.D. MUBANI, *African slaves and English Law*, in *Michigan State University* (2007), pp. 71-75 (<https://web.archive.org/web/20110511073714/http://archive.lib.msu.edu/DMC/African%20Journals/pdfs/PULA/pula%20003002/pula003002007.pdf>).

A argumentação de *Lord Mansfield* estava centrada fundamental no plano das fontes do direito e da eficácia da lei no espaço. Já que o *status* de escravo não era previsto por nenhuma fonte do direito superior (“*reason, moral or political*”) à lei, mas vigia, onde vigia, somente por efeito de normas de direito positivo interno de cada Estado, e, já que a legislação britânica não a previa, nenhuma pretensão fundada no direito de propriedade do senhor sobre o escravo deveria encontrar tutela no solo britânico. O ingresso no solo inglês tornava livres os escravos e eles não poderiam ser constrangidos a deixar a Inglaterra contra a sua vontade<sup>46</sup>.

A sentença encerrava o caso, discutido entre 1771 e 1772, sobre a condição de um escravo jamaicano, provocada pelo recurso de alguns ativistas ingleses que não somente eram contrários à escravidão, mas que tentavam, também, colocar em marcha ações de resistência, como quando, advertidos da presença de navios atracados nas docas do Tâmisa nos quais viajavam escravos em trânsito, tentavam libertá-los<sup>47</sup>.

*Lord Mansfield* também foi juiz da causa de apelação, celebrada em 1783, em um recurso contra uma sentença jamaicana que tinha decretado o direito dos proprietários do navio negreiro *Zhong* de obter da seguradora o ressarcimento pela perda, durante a navegação, de escravos, ou seja, da sua mercadoria (*chattel*): um termo que nem mesmo *Lord Mansfield* considerou incorreto<sup>48</sup>.

---

46 BAKER, *An Introduction* cit. nt. 36, pp. 475-476; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa* cit. nt. 36, p. 405; *Somerset vs Stewart* cit. nt. 39, p. 510: «Accordingly, the return states, that the slave departed and refused to serve; whereupon he was kept, to be sold abroad. So high an act of dominion must be recognized by the law of the country where it is used. The power of a master over his slave has been extremely different, in different countries. The state of slavery is of such a nature, that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law, which preserves its force long after the reasons, occasion, and time itself from whence it was created, is erased from memory. It is so odious, that nothing can be suffered to support it, but positive law. Whatever inconveniences, therefore, may follow from the decision, I cannot say this case is allowed or approved by the law of England; and therefore the black must be discharged».

47 Calcula-se que, ao longo do século XVIII, foram transferidos para a Inglaterra pelo menos 14.000 escravos (BAKER, *An Introduction* cit. nt. 36, p. 475).

48 Eu não consegui encontrar o texto da sentença, mas cf. <http://www.ericrettberg.com/cpcc/blog/2015/02/20/zong-and-gregson-v-gilbert/> e, a propósito, J. WALVIN,

Durante a navegação, que se prolongou por causa da falta de vento, o capitão do navio ordenou que fossem jogados no mar 121 negros vivos – enquanto outros dez tinham se suicidado – com o objetivo de salvar a carga remanescente e demandar o preço do seguro por cada um dos afogados. Em sede de apelação, sob a presidência de *Lord Mansfield*, a sentença de primeiro grau foi modificada e a perda da ‘mercadoria’ foi imputada ao proprietário do navio, que tinha sido sobrecarregado sem um estoque suficiente de água. A negação do ressarcimento foi uma primeira brecha na tutela jurídica do tráfico e dos grandes faturamentos que ela comportava, ainda que não tenha tido êxito o pedido de abrir um processo por homicídio contra o comandante do navio.

Este caso impôs-se à reflexão da opinião pública pela desumanidade dos fatos e a ele o pintor J. Turner dedicou, décadas mais tarde, uma tela em 1840.

#### 4 A ABOLIÇÃO DO TRÁFICO DE ESCRAVOS NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Em 1807, mais ou menos nos anos em que se discutia, na França, na primeira aplicação do novo código de comércio, se as cláusulas gerais de ressarcimento pela perda de mercadoria transportada em navios compreendiam também os escravos<sup>49</sup>, primeiro

---

*Murdering Men. Black Ivory: Slavery in the British Empire.* 2nd ed. Malden: Blackwell Publishers, 2001; D. LEE, *British Slavery and African Exploration: The Written Legacy. Slavery and the Romantic Imagination.* Philadelphia, University of Pennsylvania Press. 2002.

49 *Trattato del contratto di assicurazione del sig. Pothier, preceduto da un discorso preliminare, e coll'aggiunta delle note e di un supplemento dell'avv. Estrangin...*, ed. II, Vol. 1. [-2.], 1828 Volume 1, p. 185. Pothier nr. 66. De acordo com os artigos 334 e 335 do código de comércio, sendo “coisas móveis e mercadorias” e “suscetíveis de estimativa”, os negros podem ser objeto de contrato de seguro, ainda que “em termos gerais”. Assim sucedeu para um navio tirado de Marselha e autorizado a desembarcar na Guiné, no qual os negros se rebelaram e o navio foi perdido. Sentença do almirantado de Marselha de março de 1776, confirmada pelo parlamento de Aix-en-Provence em 13 de maio de 1778. Isso não estaria em contraste com o art. 10 da *Ordonnance du commerce*, que tinha impedido de fazer seguro sobre a vida das pessoas “homens livres” e que permitiu o seguro das pessoas capturadas e das presas

o Congresso dos Estados Unidos (2 de março)<sup>50</sup>, e, em seguida, o parlamento inglês (25 de março)<sup>51</sup>, depois de um debate de anos, contra os interesses de muitos empresários do setor (armadores e empresários do algodão e de outras mercadorias), vetaram o tráfico de escravos.

A Europa estava conturbada naqueles anos em função das guerras de conquista de Napoleão e a Inglaterra fez da luta ‘humanitária’ contra o tráfico de escravos uma das bandeiras para reafirmar, diante da opinião pública internacional, a supremacia britânica no mundo, não somente do ponto de vista do poderio militar, mas, também, no plano ideológico. Na verdade, os resultados efetivos dessa campanha não corresponderam aos resultados esperados e o tráfico atlântico de escravos continuou sendo durante quase todo o século XIX um florescente mercado<sup>52</sup>.

Nesse contexto, os Ingleses exerceram os Ingleses desenvolveram, através de um departamento especial do *Foreign Office* intitulado *Slave Trade Department*, uma intensa atividade diplomática para a estipulação de acordos com outros Estados sobre a proibição do tráfico e para a admissão de inspeções recíprocas nos navios de transporte<sup>53</sup>. Tudo começou, ao que parece, com a adesão da Suécia, Países Baixos e Dinamarca, reclamada pelos Ingleses

---

por piratas (ivi, pp. 49-51).

50 *Act to prohibit the Importation of Slaves* de 2 de março de 1807. Este *bill* implementava uma lei anterior do Congresso de 22 de março de 1794 (*An Act to prohibit the carrying on the Slave Trade from the United States to any foreign place or country*). A proibição de importar seja negros, seja mulatos, foi estendida não somente para os cidadãos e residents dos Estados Unidos, mas, também, para “any person or persons whatsoever” (art. 6-8). Sobre os precedentes, cf. BOSCHIERO, *La traite transatlantique* cit. nt. 7, p. 223.

51 *Slave Trade Act or Abolition of the Slave Trade Act: An Act to Prohibit the Importation of Slaves into any Port or Place Within the Jurisdiction of the United States, From and After the First Day of January, in the Year of our Lord One Thousand Eight Hundred and Eight* de 25 de março 1807, que pode ser consultado em [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/sl004.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/sl004.asp) e cf. ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. infra nt. 56, p. 124

52 HAMILTON, SHAIKH, *Introduction* cit. nt. 36, pp. nt. 6, pp. 9-16

53 IVI, pp. 5-10; F. SHAIKH, *Judicial diplomacy, British Officials and the Mixed Commission Courts*, in *Slavery, Diplomacy and Empire*, p. 42.

nas fases finais da guerra contra Napoleão Bonaparte, e com as tratativas iniciadas em 1812 com os Portugueses, que desejavam a proteção da Inglaterra contra Napoleão, chegando a um acordo com a duração de quinze anos em 1817<sup>54</sup> (e, depois, em 1842), em 1814 com os Estados Unidos, em 1817 com a Espanha (que emanou em dezembro do mesmo ano um ato de abolição do tráfico que valeria a partir de 30 de maio de 1820), e em 1818 com a Holanda. Em 1826 foram estipulados acordos com o Brasil para a instituição de uma comissão mista para os juízos relativos a casos de tráfico e novos tratados foram assinados em 1842 (*Webster-Ashburton treaty*) e em 1862 com os Estados Unidos, na época da guerra civil, depois do episódio famoso do bloqueio do navio *Saratoga*<sup>55</sup>.

Ao mesmo tempo, além da diplomacia, Inglaterra e Estados Unidos, determinados a fazer observar no mundo o novo princípio de contrariedade aos princípios morais do tráfico de escravos, abolida e proibida por eles, se empenharam em uma política marítima de combate aos navios negreiros depois da assinatura, em 1814, de um tratado no qual eles se empenhavam em executar as ‘melhores’ práticas para combatê-los<sup>56</sup>. Os comandantes dos

---

54 L. BETHELL, *Britain, Brazil and the slave trade question, 1807-1869*, Cambridge, University Press, 1970 e, em ed. digital, 2008: EAD., *The Abolition of the Brazilian Slave Trade, Britain, Brazil and the Slave Trade Question 1807-1869*, em part. pp. 15-20.

55 L. F. in *The Hispanic American Historical Review*, pp. 171-197; L. BETHELL, *Britain, Brazil and the slave trade question, 1807-1869*, Cambridge, University Press, 1970 e, in ed. digital, 2008: EAD., *The Abolition of the Brazilian Slave Trade, Britain, Brazil and the Slave Trade Question 1807-1869*, in part. pp. 62-87 e cf. sobre o funcionamento das *Antislavery courts* instituídas nos países com os quais foram estipulados tratados: MARTINEZ, *Antislavery Courts* cit. pp. 579-621. Sobre o tratado bilateral entre Espanha e Grã-Bretanha de 23 de setembro de 1817, cf. abaixo o texto na nota 102.

56 *Treaty of Peace and Amity between His Britannic Majesty and the United States of America* de 24 de dezembro de 1814, art. 10, «Whereas the Traffic in Slaves is irreconcilable with the principles of humanity and Justice, and whereas both His Majesty and the United States are desirous of continuing their efforts to promote its entire abolition, it is hereby agreed that both the contracting parties shall use their best endeavors to accomplish so desirable an object». Cf., no mérito, também J. Q. ADAMS (1767-1848). *Argument of John Quincy Adams, before the Supreme Court of the United States : in the case of the United States, appellants, vs. Cinque, and others, Africans, captured in the schooner Amistad, by Lieut. Gedney, delivered on the 24th of February and 1st of March, 1841 : With a review of the case of the Antelope, reported*

navios Ingleses e estadunidenses foram encorajados a promover bloqueios, perquisições e confiscos no Oceano Atlântico. E isso foi feito, por parte deles, em nome dos princípios do direito natural que eles consideravam superior a todos os direitos positivos a ele contrário, enquanto, para os Estados aos quais pertenciam os navios bloqueados e confiscados, tais atos constituíam violação de tratados e costumes então reconhecidos do direito internacional em tempo de paz. Em suma, aos olhos dos Estados não abolicionistas, tais operações constituíam intoleráveis violações do direito internacional, a ponto de serem classificadas como atos de guerra.

A questão era sobremaneira delicada no século XIX, depois do congresso de Viena, que tinha reconstituído o equilíbrio entre os Estados cristãos europeus, turbado pelas guerras de conquista de Napoleão, um equilíbrio fundado na igualdade e na recíproca independência de todas as nações europeias soberanas.

O único direito *inter gentes* (ou, como se começava definir, *inter nationes*, isto é, internacional, e que os anglo-saxões chamavam de *law of nations*) reconhecido era o convencional, fundado nos tratados estipulados com o livre consenso das partes interessadas, e, no máximo, o costume, que entrava na categoria do direito positivo e, como já ressaltamos acima, eram muitos os que pensavam que a justificativa do tráfico de escravos e da escravidão estivesse exatamente no costume.

Que, contra as teorias dos fundadores do direito internacional Alberico Gentili e Hugo Grotius, as fontes do direito das gentes

---

*in the 10th, 11th, and 12th volumes of Wheaton's Reports*, New York, S.W. Benedict, 1841, disponível também em [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/amistad\\_002.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/amistad_002.asp), p. 118 J. Q. ADAMS (1767-1848). *Argument of John Quincy Adams, before the Supreme Court of the United States : in the case of the United States, appellants, vs. Cinque, and others, Africans, captured in the schooner Amistad, by Lieut. Gedney, delivered on the 24th of February and 1st of March, 1841 : With a review of the case of the Antelope, reported in the 10th, 11th, and 12th volumes of Wheaton's Reports*, New York, S.W. Benedict, 1841, disponível também em [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/amistad\\_002.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/amistad_002.asp), p. 118: «By the 10th Article of the Treaty of Ghent [*Treaty of Peace and Amity between His Britannic Majesty and the United States of America*], concluded on the 24th of December, 1814, between Great Britain and the United States, the traffic in slaves had been declared irreconcilable with the principles of humanity and justice, and both parties did thereby stipulate and contract to use their best endeavors to promote its entire abolition».

seriam exclusivamente os tratados (direito convencional), e, no máximo, o costume, era o pensamento do mais influente diplomata e internacionalista do mundo ocidental na época do congresso de Viena, Georg Friedrich Martens<sup>57</sup>.

Mesmo os juristas estadunidenses, que, já ao longo da revolução contra a pátria-mãe tinham adotado os princípios de direito internacional vigentes na Europa, consideravam que, nessa matéria, o peso do direito natural (*reason*) era residual. Esse era o pensamento, entre outros, do prestigiadíssimo James Kent em 1795. Ele foi um dos artífices da liberação das colônias dos Estados Unidos; em 1784, *attorney of the supreme court of the State*; em 1787, *counsellor* da mesma corte; participou do debate sobre a constituição; e, em 1794, tornou-se professor do *Columbia college*.

Como veremos, somente na edição de 1826 dos *Commentaries on the American law*, James Kent expressou a exigência de integrar o sistema de fontes do direito internacional, inserindo, ao lado do costume e do direito convencional, seja o direito natural, seja os princípios da moral<sup>58</sup>. Somente poucos anos antes, Inglaterra e Estados Unidos se dissociaram da política da Santa Aliança, e dos países da Europa continental. Eles não intervieram em favor dos Estados europeus contra as revoluções pela conquista da liberdade das colônias, bem como reconheceram a independência da Argentina (1816), do Chile (1818) e do Equador (1822) em relação à Espanha e do Brasil em relação à Portugal em 1822. No debate na câmara dos comuns britânica pelo reconhecimento dos Estados que tinham se libertado dos domínios espanhol e português, participou, também, o escocês James Macintosh, que era, desde 1795, um dos

---

57 GEORG FRIEDRICH MARTENS, *Précis du droit des gens fondé moderne de l'europe fondé sut les traités et l'usage pour servir d'introduction à un cours politique et diplomatique*, 1788 Gottingen, 1789, 1791, 1821, 1831 e cf. C. STORTI, *Empirismo e scienza: il crocevia del diritto internazionale nella prima metà dell'Ottocento in Constructing international law. The birth of a discipline*, a cura di L. NUZZO, M. VEC, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 51-145, em part. pp.73-78.

58 Cf. J. KENT, *Dissertation, being the preliminary part of a Course of law lectures*, New York, Forman for the Author, 1795 (reimpr. an. 1991), p. III, *On the law of nations*, pp. 51-54 e ed. New York, Halsted, 1826-1830, vol. I, pp. 1-21 e STORTI, *Empirismo e scienza* cit. nt. 57, em part. pp. 79 e 82-84.

pouquíssimos defensores do papel fundamental do direito natural no sistema de fontes do direito internacional<sup>59</sup>. O sistema do ‘equilíbrio’ europeu com seu sistema de fontes do direito começava a sofrera algumas rachaduras, como ficou evidente nas décadas subsequentes exatamente no âmbito das controvérsias internacionais sobre as quais nos debruçaremos em breve.

## 5 A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DE PRENDER NAVIOS NEGREIROS E... A SUA NEGAÇÃO

Em tema de escravidão, o reconhecimento do direito natural e da moral entre as fontes do direito internacional, em sede jurisdicional, foi admitida ou foi negada. Com base no que eu acabei de antecipar, os navios ingleses ou estadunidenses que, aplicando a sua lei nacional, em tempo de paz, pela suspeita de transporte de escravos, bloqueavam, indagavam e, eventualmente, confiscavam navios negreiros, não somente causavam danos à atividade comercial do proprietário e do armador, mas, do ponto de vista do direito marítimo internacional, cometiam um ato hostil em relação ao Estado que tinha registrado o navio.

Os casos judiciários que se seguiram viram, por isso, intensamente empenhadas as diplomacias dos Estados de referência, por um lado, para defender a atividade de bloqueio dos navios, e, de outro, para um trabalho de dissuasão e de contraste a tais iniciativas.

Nas cláusulas dos tratados bilaterais estipulados pelos Ingleses com outros países, como eu já mencionei acima, geralmente constava a previsão de instituir uma corte de justa ou comissões ‘arbitrais’, estabelecidas para decidir sobre a correta aplicação da disciplina relativa ao bloqueio de navios negreiros prevista pelos relativos tratados. Tais cortes, na maioria das vezes, eram compostas por três membros: dois delegados de cada Estado – não necessariamente juízes ou advogados – e por um oficial encarregado de redigir as atas, nomeado pelo governo do lugar em que a corte fosse instalada. O objeto do juízo era a verificação dos procedimentos para a abordagem do navio suspeito de transportar escravos

---

59 Loc. ult. cit., pp. 92-96.

africanos e das provas que justificavam o confisco do navio e a sua liberação, mas os conteúdos específicos variavam de tratado para tratado. Por exemplo, no tratado estipulado pelo governo Inglês com Portugal em 1817, estava expressamente excluído que as cortes arbitrais, competentes para decidir sobre a legitimidade do bloqueio do navio negreiro, pudessem ser titulares de poderes jurisdicionais sobre o armador, sobre o capitão ou sobre os equipamentos do navio, os quais deveriam ser submetidos ao juízo penal das cortes portuguesas<sup>60</sup>. Sobre a dinâmica de tais comissões, às vezes instituídas nas proximidades dos portos de partida, às vezes nos de destino, já existem os amplos estudos de Leslie Bethell<sup>61</sup> e de Jenny Martinez, que estendeu as suas pesquisas para a jurisprudência da *Admiralty Court* inglesa e da *Farida Shaikh*<sup>62</sup>. Qualificar a natureza das comissões mistas segundo as categorias atuais não é fácil. Em se tratando de cortes instituídas com base em tratados bilaterais, deveríamos considerá-las cortes interestatais – uma categoria hoje em desuso – e não cortes internacionais, ainda mais se considerarmos que o objeto do juízo era a aplicação das cláusulas de um ato convencional entre dois Estados, delegadas aos seus representantes e não a juízes imparciais e *super partes*<sup>63</sup>.

Eu vou tratar de processos de cortes dos Estados Unidos que aconteceram em função de recursos dos proprietários de navios negreiros capturados e dos Estados nacionais aos quais eles pertenciam, porque, nessas causas, celebradas desde os anos vinte do século XIX, o instituto da escravidão entra no debate sobre as fontes e sobre a natureza do direito internacional. Os proprietários dos navios sequestrados denunciavam a violação do seu direito

---

60 BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave* cit. nt. 53, p. 19.

61 BETHELL, *The Mixed Commissions for the Suppression of the Transatlantic Slave Trade in the Nineteenth Century*, in *Journal of African History*, 7(1966), pp. 79-93; EAD., *The Abolition of the Brazilian Slave* cit. nt. 53, pp. 127-150.

62 MARTINEZ, *Antislavery*, pp. 595-621. SHAIKH, *Judicial diplomacy* cit. nt. 52, pp. 43-52.

63 Cf., por último, inclusive para as referências bibliográficas, C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano Giuffrè Editore, 2012, em part. pp. 11-14.

de propriedade, os Estados de referência, por sua vez, da sua soberania. Sobre o êxito de tais processos, não foram indiferentes as relações de força entre os Estados envolvidos e o clima das relações internacionais, o que não nos deve surpreender. Basta olhar para o que acontece hoje em dia para nos darmos conta de como, não obstante a tutela dos direitos humanos tenha sido plenamente reconhecida pelas organizações internacionais, essa tutela arrefece diante das potências mundiais ou diante de interesses concernentes às relações internacionais. Como bem sabemos, em outras palavras, mesmo em questões relativas à tutela dos direitos humanos, em todas épocas, inclusive hoje, a política tem o seu papel. Se quisermos olhar para fatos dos nossos dias, pensemos no caso do assédio de Aleppo na Síria, na guerra contra o Califado Islâmico em Mossul ou em outras partes do Iraque, onde, diante da sistemática violação de direitos humanos que vem sendo perpetrada há meses ou anos, a política internacional teve muitas incertezas. Somente de tempos em tempos se acende a atenção da mídia, esperando que, de qualquer forma, os Estados envolvidos de maneira mais ou menos direta encontrem uma solução política e militar que os satisfaça enquanto os direitos das populações civis são sistematicamente violados.

#### a) O caso da *Jeune Eugénie*

Na primeira metade do século XIX, o que nós consideramos uma violação do direito supremo de liberdade das pessoas, a política se expressou não somente do ponto de vista das relações internacionais, mas entrou, também, nas salas dos tribunais. Como logo veremos, nas questões de escravidão, as sentenças foram pronunciadas em nome de princípios que, por debaixo do ponto de direito enunciado, revelavam, também, a atenção à contingência política e à necessidade de evitar conflitos entre Estados. No mérito das causas provocadas pela capturas de navios negreiros, de fato, os argumentos fundados em princípios gerais e universais do direito natural entraram em choque, por causa do que foi dito até agora, com os argumentos fundados na soberania dos Estados, na recíproca independência e no inextinguível direito de legislar segundo os seus interesses e ideologias, ainda que em contraste, como nós diríamos,

com os mais elementares direitos humanos, como a liberdade e a livre determinação dos indivíduos.

Essa série de preocupações provém da sentença pronunciada em 1822 por Joseph Story, então presidente da *First Circuit Court* (a corte federal de Maine, Massachusetts e New Hampshire), mais tarde professor em Harvard e autor de obras sobre várias matérias, entre as quais os *Commentaries on the conflicts on laws foreign and domestic* que, em tema de eficácia da lei no espaço, na sua investigação histórica, remontou até ao pensamento da ciência jurídica medieval italiana, em particular, à doutrina de Bártolo de Saxoferrato.

A questão era a seguinte: o comandante Stockton procedera à captura, na costa da África, do navio negreiro *La Jeune Eugénie*, um navio de bandeira francesa de propriedade de residentes em Guadalupe, e o trouxe para as águas dos Estados Unidos, justificando a sua operação com a aplicação da lei estadunidense e do direito natural como fonte principal da *law of nations*.

Contra o bloqueio e sequestro do navio recorreram tanto os proprietários do navio quanto o governo francês que, com base nas regras do seu direito interno, negava a competência da jurisdição estadunidense sobre o caso. Por causa da intervenção em juízo do governo e da diplomacia francesa, o procurador distrital dos Estados Unidos (*district attorney*), como revela Story na sentença, tinha ‘sugerido’ acolher o desejo do governo americano de modo que ele declarasse a sua incompetência sobre o caso e o remetesse aos tribunais franceses. Ele, porém, decidiu prosseguir com a causa, porque os proprietários do navio negreiro constituídos em juízo apresentaram solicitações diferentes das do governo da França<sup>64</sup>.

---

64 United States vs The Schooner La Jeune Eugénie, que pode ser consultado em <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0026.f.cas/0026.f.cas.0832.2.pdf>; e em *Report of the case of the Jeune Eugénie determined in the Circuit Court of the United States for the First Circuit at Boston, December 1821, with an appendix*, by W. P. MASON reporter, Boston, Wells and Lilly – Court Street 1822 (<https://ia801406.us.archive.org/23/items/areportcasejeun00circgoog/areportcasejeun00circgoog.pdf>), em part. pp. 48-49 e 90-91. A abolição do tráfico e da escravidão, na França, passou por um processo legislativo muito complexo. Cf. DORIGNY, *Antischiaivismo e abolizionismo* cit. nt. 8; *Les abolitions de l'esclavage* cit. nt. 30 e, para uma síntese, HAMILTON, SHAIKH, *Introduction* cit. nt. 36, pp. 7 ss.

Segundo Story, não era possível duvidar que o comércio de escravos fosse contrário não somente às leis estadunidenses, mas, também, aos princípios de justiça tutelados pelo direito natural, a cujo reconhecimento estavam obrigados todos os Estados. O discurso – atenção! - estava todo centrado não na tutela do direito humano de liberdade, mas no direito de não perdê-la por obra de ações violentas provocadas por outros homens. A questão não estava, como para nós, no plano da titularidade de direitos subjetivos fundamentais, mas no plano da tutela atribuída aos homens pelas fontes do direito e na hierarquia delas no sistema do direito entre as nações.

Como destacado acima, naquele tempo, a definição das fontes do direito das gentes tendia a reconhecer somente o direito positivo e convencional, enquanto, na opinião dominante dos Estados, dos seus técnicos e das suas diplomacias, o papel do direito natural era nulo ou, de qualquer forma, ainda não decidido em definitivo.

O juiz, na sua decisão a favor da liberação dos escravos, sustentou, ao contrário, que, no sistema de fontes do direito *inter nationes*, a fonte primária era o direito natural. Somente de maneira subordinada e se não se considerasse que os princípios de justiça e da moral eram superiores a outras fontes é que seriam aplicados o costume das nações civilizadas (que admitiam o tráfico e a escravidão) e o direito convencional que constituíam o direito positivo (*positive law*) internacional. Desse ponto de vista, em outras palavras, Joseph Story, então, delineou um sistema de fontes do direito internacional bem diferente daquele reconhecido, na época, pelos países civilizados ao colocar o direito natural no lugar mais alto da hierarquia, o que seria confirmado, somente quatro anos depois, como eu já mencionei, nos Estados Unidos, pelos princípios de direito constitucional de James Kent<sup>65</sup>.

A tutela do direito internacional, segundo o juiz, não dizia respeito à escravidão, que mesmo os Estados Unidos admitiam por razões econômicas e sociais, mas somente o caso da captura

---

65 Cf., acima, o texto da nt. 57.

de homens para reduzi-los à escravidão e comercializá-los através do tráfico. Somente esta última, de fato, era indubiamente vetada pelo direito das gentes por causa da longa série de crimes que era necessário cometer para realizá-la.

A captura pressupunha, do ponto de vista do direito das gentes, a provocação de guerras injustas, ou se tornava possível em função de ações penalmente relevantes e condenadas inclusive por fontes bíblicas como corrupções, saques, invasões, raptos (Isaías 49.25; Marcos 3.27)<sup>66</sup> e a devastação de vilas e regiões inteiras para capturar os jovens, os fracos, os indefesos e os inocentes. Com o rapto dessas pessoas rompiam-se as relações de parentesco e da nacionalidade (*country*). Infringiam-se, além disso, os princípios de solidariedade entre os homens e a obrigação de misericórdia diante do sofrimento e da dor<sup>67</sup>.

Como todo o princípio fundamental e eterno, o respeito pelos outros homens “era independente do seu reconhecimento e da sua realização prática pelos Estados em momentos históricos específicos”. Inversamente, Estados Unidos e Inglaterra tinham o direito de “executar o princípio mais justo quando, como no caso particular em exame, a sua violação representada pelo tráfico de escravos, constituía uma violação dos princípios universais de justiça e de humanidade da *law of nations* e dos deveres cristãos essenciais: “*it is repugnant to the general principles of justice and humanity*”<sup>68</sup>.

Era parte integrante do direito internacional todo princípio (*doctrine*) deduzido razoavelmente (*fairly*) e corretamente dos direitos, deveres e obrigações morais das nações<sup>69</sup>. A opinião

---

66 Isaías, 49.25: «Eppure dice il Signore: Anche il prigioniero sarà strappato al forte, la preda sfuggirà al tiranno. Io avverserò i tuoi avversari; io salverò i tuoi figli». Marcos, 3.27: «Nessuno può entrare nella casa di un uomo forte e rapire i suoi beni, se prima non lo lega. Soltanto allora potrà saccheggiargli la casa».

67 United States *vs* The Schooner La Jeune Eugénie cit. nt. 63, pp. 69-71.

68 Ivi e cf. STORTI, *Empirismo e scienza* cit. nt. 57, p. 89.

69 United States *vs* The Schooner La Jeune Eugénie: “But I think that it may unequivocally affirmed that every doctrine, that may fairly deduced by correct reasoning from the rights and duties of nations, and and the nature of moral obligation, may theretically be said to exist in the law of nations” (STORTI, *Empirismo e scienza* cit. nt. 57, pp. 87-88).

contrária sobre a natureza e consistência do direito internacional, afirmada pelas outras nações, estava fundada na prática e no costume (ou seja, no direito positivo), e, enquanto tais, não poderia prejudicar a sua ‘natural’ vigência.

Aquilo que, naquele momento, ele considerava uma violação dos ‘princípios’ de direito internacional poderia se tornar, no futuro, violação de verdadeiras ‘normas’ de direito internacional já que, como não se poderia excluir que isso pudesse acontecer, todas as nações chegariam a um acordo para a escritura de um código público das nações (*public code of nations*) que, acolhendo o direito natural como fonte de direito internacional, acabaria recepcionando – e não contrastando – as regras de direito do mar aplicadas até então somente pela Grã-Bretanha e pelos Estados Unidos: em particular aquelas sobre captura, relativas ao direito de perseguição e de confisco, derivadas do princípio “*free ships do not make free goods*”: o fato de um navio ser livre não faz com que seja livre o transporte de qualquer bem.

Na época, Joseph Story não escondia que o único princípio internacionalmente reconhecido (não somente naquela época, poderíamos muito bem dizer) era o de vetar que um Estado interviesse nos negócios dos outros Estados e nas escolhas expressas por eles, por exemplo, na legislação interna, como aquela em matéria de tráfico que muitos Estados não proibiam aos seus cidadãos<sup>70</sup>. O juiz estava plenamente consciente de que a sua decisão poderia colocar em risco as relações entre os Estados Unidos e a França, como efetivamente aconteceu: os Estados Unidos, na pessoa de John Adams, então secretário de Estado, e, em seguida, como veremos, defensor dos escravos do *Amistad*, teve que reconhecer uma

---

70 Story pensava, por exemplo, que, por efeito das cláusulas do congresso de Viena, os Estados europeus estavam obrigados a abolir a escravidão, o que não era verdade, já que, em 8 de fevereiro de 1815 foram inseridas cláusulas que simplesmente convidavam os Estados a adotar providências nesse sentido: a Declaração contra o tráfico de negros em 1815 e a Declaração relativa à abolição do tráfico de negros em 1822. Tais cláusulas foram retomadas no texto do tratado de 9 de junho do mesmo ano (*Acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815*, éd. officielle, Vienne, de l’Imprimerie Impériale et Royale, *Annexe XV, Déclaration des Puissances sur l’abolition de la traite des nègres*, pp. 302-305 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k91227n/f1.image.langFR>) e cf. BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave* cit. nt. 53, pp. 14-15; HAMILTON, SHAIKH, *Introduction* cit. nt. 36, pp. 4-7.

indenização para a França e se empenhar em não desenvolver mais atividades de patrulhamento dos mares nem contra navios franceses, nem contra navios de outros Estados.

### b) O caso *Antelope*

A causa subsequente, de fato, diz respeito a um caso que aconteceu em águas territoriais estadunidenses e foi decidida com base no argumento que Story não quis levar em consideração – aquele segundo o qual, em palavras simples, um Estado não podia se meter nos negócios alheios. Três anos mais tarde, em 1825, a suprema corte dos Estados Unidos, presidida por John Marshall, foi instada pela primeira vez a se pronunciar sobre um caso desse gênero. Espanha e Portugal se constituíram em júizo para obter, a favor dos seus súditos traficantes, a restituição de cerca de 280 escravos transportados por um navio de bandeira venezuelana junto com outros escravos de propriedade de um estadunidense. Os recorrentes consideravam que o sequestro do navio não era outra coisa senão um verdadeiro ato de guerra do comandante do navio estadunidense que havia executado o bloqueio e a perquisição: *iure belli*. A parte americana, por outro lado, requeria novamente o respeito da *law of nations* e das leis estadunidenses em matéria de tráfico.

Em conclusão, a corte suprema, a partir do pressuposto já sustentado em uma decisão inglesa de Sir W. Scott<sup>71</sup> de que o direito de visita e de perquisição de navios estrangeiros (“*visitation and*

---

71 Trata-se do caso *Louis* 2 Dodson’s Rep. 238 citado, também, em I. D. WHEELER, *A Practical Treatise on the Law of Slavery. Being a compilation of all the decisions made on that subject, in the several courts of the United States, and state courts. With copious notes and references to the statutes and other authorities, systematically arranged*, New York, A. Pollock, New Orleans, B. Levy, 1837, p. 364 e in *The African Repository and Colonial Journal*, vol. I, Published by Order of the Managers of the American Colonization Society, Washington City, Way and Gideon Printers, 1826, pp. 355-358. Su William Scott: H. J. BOURGUIGNON, *Sir William Scott, lord Stowell: Judge of the High Court of Admiralty, 1798-1828*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987 e cf., também, o júizo crítico sobre essa monografia pelo fato de ela não ter levado em consideração as sentenças sobre escravidão de S. M. WADDAMS, in *American Journal of Legal History*, 33, 2(1989), pp. 172- 174 e cf. ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, p. 123 e 125-126.

*search*”) era reconhecido pelo direito das gentes somente em caso de guerra, de que, em tempo de paz, só era admissível em caso de cláusulas expressas de tratados entre os Estados interessados, de que o tráfico de escravos não era um ato de pirataria, mas que, apesar de contrário ao direito natural<sup>72</sup>, era um comércio admitido pelo standard da *law of nations*<sup>73</sup>, decidiu que os escravos (agora reduzidos a um número mínimo por causa da morte de muitos deles) deveriam ser devolvidos, respectivamente, aos seus proprietários espanhóis e portugueses. Somente os escravos pertencentes ao comerciante estadunidense poderiam ser libertados. Segundo as palavras do presidente da Corte, o fato de os Estados Unidos se declararem defensores e *best friends* dos Africanos não podia evitar que os juízes, ainda que divididos em diferentes opiniões, tivessem a obrigação de “reprimir os próprios sentimentos” e de respeitar a soberania de um Estado independente e as suas leis: “*the court must not yield the feelings which might seduce it from the path of duty and must obey the mandate of the law*”. O tráfico de escravos não contrastava com a *law of nations*, porque era aplicada há séculos pelo costume e protegida pelo direito das nações coloniais.

A execução da sentença não foi fácil, porque era preciso estabelecer quais eram os escravos a restituir aos pretendentes espanhóis e portugueses e quais deveriam ser libertados. Na defesa a favor da libertação dos escravos do *Amistad*, da qual falaremos em breve, J. Q. Adams elencou, também, os diversos pontos do debate sobre o procedimento a ser adotado para a seleção dos escravos e

---

72 Sobre esse ponto debruçou-se J. Adams na sua exposição do caso Antelope ao longo da defesa dos escravos do *Amistad*, ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, in part. p. 117.

73 *The Antelope: The Vice-Consuls of Spain and Portugal, libellants*. United States. Supreme Court, 1825 10 Wheaton's Reports, 66 (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/546/case.html> e in *Condensed Reports of Cases in the Supreme Court of the United States, United States Supreme Court*, A. J. DALLAS, W. CRANCH, H. WHEATON, vol. VI, Grigg, 1834, <https://books.google.it/books?id=hVNHAAAYAAJ&pg=PA40&lpg=PA40&dq=Antelope+10+Wheaton&source=bl&ots=3hDULRi93d&sig=JAMnuAkam2wZazp8TaV3UKnpTYg&hl=it&sa=X&ved=0ahUKEwixt8XaiO3SAhVLVSwwKHTSsBY4Q6AEIHZAB#v=onepage&q=Antelope%2010%20Wheaton&f=false>), pp. 30-42, in part. pp. 35-36; uma síntese em *The African Repository* cit. nt. 71, pp. 358-363. Sobre o caso Antelope, STORTI, *Empirismo e scienza* cit. nt. 57, pp. 90-91.

para o pagamento das despesas, bem como o paradoxo da situação: os escravos do comerciante estadunidense, libertados segundo as leis estadunidenses, enquanto pessoas livres deveriam, por isso, pagar as despesas do juízo.<sup>74</sup>

Mais uma vez, com base no costume, que remonta à prática das nações ‘mais iluminadas da antiguidade’, confirmava-se que o tráfico de escravos era, do ponto de vista do direito internacional, uma prática legal, e o jurista tinha o dever de todas as consequências aplicativas disso porque a ele cabia encontrar soluções para as questões que lhe eram submetidas exclusivamente com base nas normas vigentes: os usos, as leis nacionais e o consenso da parte do mundo a qual ele se considerava pertencente. O direito internacional era direito positivo fundado na prática geral e no princípio da perfeita igualdade e liberdade das nações e de nações que, na sua maioria, consideravam legal o tráfico.

Igualdade e liberdade das nações, mas não igualdade dos homens, portanto, como a prática comum do tráfico e da escravidão confirmavam.

Com tais palavras, a definição originária (de Alberico Gentili e de Grotius, para citar somente os dois fundadores) do direito internacional como direito superior a todas as nações e destinado a realizar, nas relações entre Estados, os princípios superiores da justiça em nome da razão contra a força, foi completamente desconsiderada. A efetividade e a validade do direito internacional foi completamente confiada à prática e à opinião dos mais fortes, e o direito internacional perdia a sua função de norma reguladora de justiça. Não podemos ficar tão estupefatos porque isso aconteceu mesmo em fases posteriores da história muito próximas a nós.

Do mesmo modo, a coragem de um jurista como Story, que ousou colocar em discussão regras consolidadas com base em mais altos e ‘alternativos’ argumentos de ‘justiça’ parece particularmente inovadora no quadro das opiniões da época, como foi e ainda é o caso de todos os juristas que ousam desafiar os mecanismos do direito vigente e do raciocínio jurídico fundados no costume

---

74 ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, pp. 126-131.

interpretativo e no *id quod plerumque accidit* para elaborar novos argumentos na perspectiva de percorrer e realizar novas ideias de justiça.

### c) O caso *Amistad*

Entre 1839 e 1841, os juízes estadunidenses tiveram que enfrentar a causa relativa ao navio negreiro espanhol *Amistad*. Partindo da costa africana e, inicialmente, dirigindo-se para Cuba, ele chegou na costa de Long Island depois que os ‘passageiros’ africanos se amotinaram contra o comandante e provocaram a morte dele e de alguns marinheiros. Eles, não sabendo nada de navegação, acreditavam ter convencido os tripulantes que restaram a levá-los de volta ao seu país, enquanto, na verdade, eles pegaram a rota para os Estados Unidos.

Sua Majestade Católica da Espanha, em nome de um tratado de 1795 com os Estados Unidos renovado em 1819, que previa a obrigação recíproca de restituir as mercadorias e os navios encontrados depois de terem sido roubados por piratas ou ladrões (*pirates or robbers*)<sup>75</sup>, demandou a imediata devolução do navio e dos escravos aos seus ‘legítimos’ proprietários, ou seja, aos seus súditos mercadores, e negou, como já tinha acontecido antes, a jurisdição dos Estados Unidos sobre o caso. A decisão deveria ser confiada aos tribunais espanhóis para que fosse infligida a justa condenação contra os escravos amotinados, culpados por homicídios e lesões, e avançou, ainda, solicitação para que os proprietários das ‘mercadorias’ fossem indenizados pelas suas perdas.

---

75 *Treaty of Friendship, Limits and Navigation Between Spain and the United States* de 27 outubro de 1795 que pode ser consultado em [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/sp1795.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/sp1795.asp). A referência era aos artigos 8-10 e cf. Art. 9: “All ships and merchandise, of what nature soever, which shall be rescued out of the hands of any pirates or robbers on the high seas, shall be brought into some port of either state, and shall be delivered to the custody of the officers of that port, in order to be taken care of, and restored entire to the true proprietor, as soon as due and sufficient proof shall be made concerning the property thereof”. Essa cláusula foi renovada no art. 9 do tratado entre Estados Unidos e Espanha de 1819 chamado *Adams Onís treaty* [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/spain/sp1819.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/spain/sp1819.asp) e <http://www.tamu.edu/faculty/ccbn/dewitt/adamonis.htm>.

Nessa ocasião, mais uma vez, a tensão no plano das relações internacionais era altíssima. O Governo Federal dos Estados Unidos estava submetido, por um lado, às pressões diplomáticas da Inglaterra, em nome do tratado sobre a luta contra o tráfico de 1814<sup>76</sup>, e, por outro, da Espanha e dos próprios Estados escravistas do Sul, que preocupavam o então presidente democrata Martyn van Buren.

Quando, em 1841, a Suprema Corte foi instada a decidir em último grau, a defesa dos africanos foi confiada ao já ancião John Quincy Adams, que, depois da Presidência da federação entre 1797 e 1801, tinha sido por cinco anos *attorney* e *councillor* da corte suprema entre 1804 e 1809, e, depois, ocupou outros cargos, e, como recordamos, quase vinte anos antes teve que ‘ajustar’ as relações com a França depois da ‘explosiva’ sentença de Joseph Story.

Na defesa de Quincy Adams de 1841 para os escravos do Amistad, encontramos, antes de qualquer coisa, uma áspera reconstrução das interferências do ministro de relações exteriores estadunidense, inclusive através dos procuradores (*attorney general*), nas cortes de justiça em questões reservadas ao poder judiciário, por simpatia ou por favores ‘servis’<sup>77</sup>, em favor das solicitações (“*extraordinary, inadmissible and insolent*”) da Espanha<sup>78</sup>, violando

---

76 ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, p. 46 “Now the unfortunate Africans, whose case is the subject of the present representation, have been thrown by accidental circumstances into the hands of the authorities of the United States; and it may probably depend upon the action of the United States Government, whether these persons shall recover the freedom to which they are entitled, or whether they shall be reduced to slavery, in violation of the known laws and contracts publicly passed, prohibiting the continuance of the African slave trade by Spanish subjects”. Sobre o tratado de 1814, cf. acima texto da nt. 56.

77 Ivi, p. 80: “by the servile submission of an American President to the insolent dictation of a foreign minister”.

78 ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, pp. 1- 72 em part. pp. 30-31, o ministro das relações exteriores deveria ter escrito imediatamente às autoridades espanholas, em particular ao ministro das relações exteriores Calderon, informando que, não somente o Governo Estados Unidos não poderia em qualquer hipótese corresponder às requisições, que pareciam ‘não recebíveis’ e ‘ultrajantes’ para um Estado constitucional como os Estados Unidos, fundado na separação dos poderes e na imparcialidade do poder judiciário, mas, também, ele se consideraria ofendido pela simples repetição de uma parte delas. Isso não tendo acontecido, o governo da

o princípio da separação dos poderes sancionado pela Constituição dos Estados Unidos: “*The constitution and laws have secured the judicial power against all interference of the Executive authority*”<sup>79</sup>. Interferências e abusos de poder aos quais o, talvez, o próprio Presidente da Federação fora conivente ou injustificadamente desatento, o que demonstrava a máxima indiferença a respeito da sorte – vida e liberdade – de trinta e seis homens<sup>80</sup>, o que, no futuro, poderia se tornar um risco para a liberdade de qualquer pessoa no solo dos Estados Unidos, tolhendo qualquer eficácia ao *habeas corpus*<sup>81</sup>.

Em segundo lugar, encontramos a contestação pontual dos argumentos utilizados na decisão adotada no caso Antelope, anos antes, por John Marshall<sup>82</sup>.

Por baixo de toda a linha da defesa estava o nó da condição jurídica do escravo – homem ou coisa? - e a contestação

Espanha continuou insistindo por dezoito meses.

79 Ivi, p. 34. Não somente violando o princípio da separação dos poderes, mas, também, desprezando a independência e autonomia dos Estados Unidos segundo um mal compreendido princípio da *comitas* nacional, sobre o qual Adams nem quis se debruçar (ivi, pp. 71-72) e sobre o qual não é oportuno, aqui, nos demorarmos.

80 Ivi pp. 77- 80 e em part. p. 80: “Such was the disposal intended, deliberately intended, by a President of the United States to be made, of the lives and liberty of thirty-six human beings!”.

81 Ivi, p. 80: “The Attorney General of the United States, at once an Executive and a judicial officer of the American people, bound in more than official duty to respect the right of personal liberty and the authority of the Judiciary Department had given a written opinion, that, at the instigation of a foreign minister, the President of the United States should issue his order, directed to the marshal to whose custody these persons had been committed, by order of the judge, as prisoners and witnesses, and commanding that marshal to wrest them from the hands of justice, and deliver them to such persons as should be designated by that same foreign minister to receive them. Will this Court please to consider for one moment, the essential principle of that opinion? Will this Court inquire, what, if that opinion had been successfully carried into execution, would have been the tenure by which every human being in this Union, man, woman, or child, would have held the blessing of personal freedom? Would it not have been by the tenure of Executive discretion, caprice or tyranny? Had the precedent once been set and submitted to, of a nameless mass of judicial prisoners and witnesses, snatched by Executive grasp from the protective guardianship of the Supreme Judges of the land, (gubernativamente,) at the dictate of a foreign minister, would it not have disabled forever the effective power of the *Habeas Corpus*?”.

82 Ivi, pp. 77ss. em part. p. 118.

da tradicional qualificação deles como mercadoria<sup>83</sup>. Sobre isso, Adams aproveitou os próprios argumentos utilizados pela parte espanhola nas suas solicitações em relação aos Estados Unidos. As pretensões da Espanha, na sua opinião, eram ‘surpreendentemente’ (*astonishingly*) contraditórias<sup>84</sup> e irracionalmente fundadas no tratado concluído entre os dois Esyados em 1795 e confirmado em 1819 no que dizia respeito à obrigação recíproca de restituição dos navios e das mercadorias no caso de atos de pirataria sofridos em alto mar<sup>85</sup>: por um lado, a demanda para que os Estados Unidos pagassem um ressarcimento aos proprietários lesados pelo bloqueio do navio pressupunha que os escravos fossem coisas (*chattel*). Por outro lado, a solicitação para que as autoridades estadunidenses os mantivessem presos a fim de devolvê-los como ‘assassinos’ à Espanha, da qual eram ‘súditos’, para que a justiça espanhola os submetesse a um processo para puni-los (indistintamente, adultos e crianças, mulheres e homens)<sup>86</sup> pelos crimes de motim e homicídio do comandante e dos marinheiros pressupunha que, para consumir a ‘vingança’ dos prejudicados e dos mortos espanhóis, os escravos fossem homens responsáveis para todos os efeitos.

---

83 Ivi, p. 17

84 Cf. «this broad distinction appears to have been entirely and astonishingly overlooked, not only by the Spanish ministers, but by the Secretary of State and by the Attorney General», mas cf., ainda, a transcrição da defesa de Adams sobre esse ponto na nt. 89.

85 Cf., acima, nt. 74.

86 ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, pp. 39-40. «Mr. Calderon demands that the President should keep these persons all--all--adult males and children of both sexes included--in close custody, and convey them to Cuba to be tried for their lives. Is it not palpable that if this demand had been complied with, they could not have been restored to their pretended owners, Ruiz and Montes, as merchandise of what nature soever? With what face, then, could the 9th article of the treaty with Spain be alleged to support a demand for the safekeeping and delivery of the captives, not as slaves, but as assassins--not as merchandise, but as men--as infant females, with flesh, and blood, and nerves, and sinews, to be tortured, and with lives to be forfeited and consumed by fire, to appease the public vengeance of the lawless slave-traders in Cuba?».

Praticamente sem se debruçar sobre o fato de que, como artífice do tratado de 1819<sup>87</sup>, ele poderia excluir com força a ideia segundo a qual, na formulação do art. 9, pensava-se nos escravos como objeto de ressarcimento, Adams ia diretamente ao nó da questão<sup>88</sup>. Como seria possível conciliar razoavelmente e segundo o direito tais solicitações contraditórias?: “*Now, how are all these demands to be put together?*”<sup>89</sup> e qual vingança pretendia-se perpetrar na Espanha? E a favor de quem? De mercadores de escravos, espoliados da sua presa e sedentos de sangue?<sup>90</sup>

---

87 Sobre o art. 9 do tratado de 1819: «But with regard to article 9, I will speak of my own knowledge, for it happened that on the renewal of the treaty in 1819, the whole of the negotiations with the then minister of Spain passed through my hands, and I am certain that neither of us ever entertained an idea that this word merchandise was to apply to human beings» (p. 21).

88 Ivi, p. 21, sobre o art. 9 do tratado de 1795 (cit. nt. 74): «the article cannot apply to slaves. It says ships and merchandise. Is that language applicable to human beings? Will this Court so affirm? It says they shall be restored entire. Is it a treaty between cannibal nations, that a stipulation is needed for the restoration of merchandise entire, to prevent parties from cutting off the legs and arms of human beings before they are delivered up?» (e cf. também p. 42).

89 Ivi, p. 38: «Now, how are all these demands to be put together? First, he demands that the United States shall keep them safely, and send them to Cuba, all in a lump, the children as well as Cinque and Grabbo. Next, he denies the power of our courts to take any cognizance of the case. And finally, that the owners of the slaves shall be indemnified for any injury they may sustain in their property. We see in the whole of this transaction, a confusion of ideas and a contradiction of positions, from confounding together the two capacities in which these people are attempted to be held. One moment they are viewed as merchandise, and the next as persons. The Spanish minister, the Secretary of State, and every one who has had anything to do with the case, all have run into these absurdities. These demands are utterly inconsistent. First, they are demanded as persons, as the subjects of Spain, to be delivered up as criminals, to be tried for their lives, and liable to be executed on the gibbet. Then they are demanded as chattels, the same as so many bogs of coffee, or bales of cotton, belonging to owners, who have a right to be indemnified for any injury to their property».

90 Ivi, p. 39. «The public vengeance! What public vengeance? The vengeance of African slave-traders, despoiled of their prey and thirsting for blood! The vengeance of the barracoons! This “public vengeance” is not satisfied. Surely, this is very lamentable. Surely, this is a complaint to be made to the Secretary of State of this government. “For,” says he, “be it recollected that the legation of Spain does not demand the delivery of slaves, but of assassins.” How is it possible to reconcile this declaration of the Spanish minister with the libel of the District Attorney, entered by order of the Secretary of State, setting forth what was said to be the demand of the Spanish minister? It is an explicit contradiction».

O advogado prosseguia pedindo que os juizes da Corte também considerassem as pressões de certa parte da opinião pública. Em um artigo publicado no dia da nomeação da *District Court* (onde tinha acontecido o grau de juízo precedente) no *Official Journal of the Executive Administration*, um anônimo, apresentado pelo editor como um dos melhores intelectos (“*of the brightest intellects*”) dos Estados do Sul, chamava a atenção para o fato de que a decisão era de fundamental importância - ou melhor, “*one of the deepest importance*” - para o futuro dos Estados sulistas, porque colocava em risco os seus interesses. Segundo Adams, era um artigo que insinuava preconceitos e que alimentava os interesses econômicos enfatizando o embate entre opiniões contrapostas sobre a escravidão.

No seu ponto de vista, os Estados do Sul não tinha nada a ver com o objeto da decisão que versava exclusivamente sobre uma questão de escravidão ou de liberdade nas relações entre Estados soberanos<sup>91</sup>. Tal artigo exprimia somente o ponto de vista do anônimo autor sulista estadunidense sobre a escravidão (a de sempre, que o costume considerava a guerra como condição natural do homem e a escravidão como ato misericordioso dos vencedores que poupavam a vida dos vencidos) e que, segundo Adams, tinha suas raízes no pensamento de Hobbes<sup>92</sup>, sendo absolutamente inconciliável com a declaração de independência dos Estados Unidos e com a constituição americana<sup>93</sup>.

---

91 Ivi, p. 88. «The case, as far as it is known to the courts of this country, or cognizable by them, presents points with which the southern states have nothing to do. It is a question of slavery and freedom between foreigners» (obviamente, Estados Unidos e Espanha).

92 Ivi. p. 89 «The truth is, that property in man has existed in all ages of the world, and results from the natural state of man, which is war. When God created the first family and gave them the fields of the earth as an inheritance, one of the number, in obedience to the impulses and passions that had been implanted in the human heart, rose and slew his brother. This universal nature of man is alone modified by civilization and law. War, conquest, and force, have produced slavery, and it is state necessity and the internal law of self preservation, that will ever perpetuate and defend it».

93 *Constitution of the United States. Bill of Rights 1791*: “Amendment 4 - *Search and Seizure*: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be

Inútil repetir que era exatamente esse o paradoxo dos Estados Unidos diante da escravidão: nascidos de uma declaração de liberdade e de independência, mas, segundo uma parte da opinião pública, e, sobretudo, da dos Estados do Sul, a liberdade valia somente para os seus cidadãos e não para os outros, quando por ‘outros’ se entendiam os Africanos<sup>94</sup>.

Voltando às palavras de Adams, a escravidão era muito difundida nos Estados da União porque, até 1808, não tinha sido possível começar a frear o tráfico. Mas isso era contrário à constituição da federação, segundo a qual todos os homens eram pessoas, e, portanto, poderiam ser titulares de deveres e penalmente responsáveis<sup>95</sup>. Diferente do que acontecia em outros Estados como a Espanha: os proprietários cujos escravos fossem condenados à morte – que era o que a Espanha pretendia fazer no caso específico do motim do Amistad – perderiam qualquer direito sobre eles e não havia sentido algum, portanto, em pedir aos Estados Unidos um ressarcimento pelo dano<sup>96</sup>.

---

seized” ([http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/rights1.asp#4](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rights1.asp#4)).

94 Sobre tal paradoxo, cf. também Liberty and slavery trailer <https://vimeo.com/119791606>. Remonta exatamente àquela época o terrível episódio narrado no livro autobiográfico de SOLOMON NORTHUP, *Twelve Years a Slave*, primeira ed. 1853 (reimpr. an. New York 2000), base do filme homônimo.

95 “Slaves, therefore, in the Constitution of the United States are recognized only as persons, enjoying rights and held to the performance of duties”. A frase foi extraída do texto citado na nota 96.

96 ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, p. 39: «The Constitution of the United States recognizes the slaves, held within some of the States of the Union, only in their capacity of persons - persons held to labor or service in a State under the laws thereof - persons constituting elements of representation in the popular branch of the National Legislature - persons, the migration or importation of whom should not be prohibited by Congress prior to the year 1808. The Constitution nowhere recognizes them as property. The words slave and slavery are studiously excluded from the Constitution. Circumlocutions are the fig-leaves under which these parts of the body politic are decently concealed. Slaves, therefore, in the Constitution of the United States are recognized only as persons, enjoying rights and held to the performance of duties. But, in all countries where men are held as slaves, when they are charged with the commission of crimes, the right of their owners to their persons is, and must necessarily be, suspended; and when they are convicted of capital crimes, the right of the owner is extinguished. Throughout the whole correspondence between the Spanish ministers and our Department of State, concerning the surrender of these

Esses Africanos, descritos como escravos, foram levadas ao solo dos Estados Unidos depois de terem sido capturados na sua terra contra as leis dos Estados Unidos, libertando autonomamente dos seus sequestradores durante a viagem<sup>97</sup> ao se apossar legitimamente do navio com a intenção de voltar para a África<sup>98</sup>, mas acabaram chegando, contra a sua vontade, no território dos Estados Unidos (“*They were found free*”) onde foram novamente aprisionados a pedido dos Espanhois pelas autoridades dos Estados Unidos em função da servil aquiescência diante da vontade das autoridades espanholas, e, assim, corriam o risco de serem novamente reduzidos à escravidão por efeito de uma única sentença da corte suprema dos Estados Unidos.

Todavia, a eles deveria ser aplicável o *habeas corpus* e a nova lei estadunidense de 1829 que, em acréscimo à proibição do tráfico, previa que os escravos liberados fossem entregues ao presidente dos Estados Unidos que providenciaria a volta deles para a África<sup>99</sup>.

Como eu já mencionei, o maior problema, para Adams, como defensor de escravos, era o de trazer argumentos idôneos para contrastar o precedente, evocado pelo *Attorney* da corte federal<sup>100</sup>,

---

most unfortunate persons, this broad distinction appears to have been entirely and astonishingly overlooked, not only by the Spanish ministers, but by the Secretary of State and by the Attorney General».

97 Os Espanhois descreveram as sucessivas fases da rebelião dos escravos que se apossaram do navio (“the capture of the vessel by the negroes”) reconhecendo que os dois espanhois brancos obrigados pelos africanos a levar o navio para a África desviaram a nota na direção dos Estados Unidos (Ivi, pp. 70-71).

98 Ivi, p. 74 e 122.

99 Ivi, p. 41: «Let the said Africans, in the custody of the Marshal, be delivered to the President of the United States by the Marshal of the District of Connecticut, to be by him transported to Africa, in pursuance of the law of Congress passed March 3, 1829, entitled *An act in addition to the acts prohibiting the slave-trade*» (cf. sec. 2 em [http://abolition.nypl.org/content/docs/text/Act\\_of\\_1819.pdf](http://abolition.nypl.org/content/docs/text/Act_of_1819.pdf)).

100 Ivi pp. 72-73: The Attorney says: «In the case of the Antelope, (10 Wheaton, page 66,) this subject was fully examined, and the opinion of the Supreme Court of the United States establishes the following points:--”1. That, however unjust and unnatural the slave trade may be, it is not contrary to the law of nations. “2. That, having been sanctioned by the usage and consent of almost all civilized nations, it could not be pronounced illegal, except so far as each nation may have made it so by its own acts or laws; and these could only operate upon itself, its own subjects or citizens;

da sentença do presidente da suprema corte Marshall, toda centrada em uma específica concepção da natureza e das fontes do direito internacional, ou seja, rebatendo com ‘novos’ argumentos de direito o que Marshall tinha sustentado com raciocínios fundados na tradicional concepção daquele direito. Existia, porém, uma preliminar que impedia que aquela decisão da Corte suprema fosse considerada um verdadeiro precedente: segundo Adams, ela tinha sido deliberada em meio a muitas *dissenting opinions* e, por isso, como ela tinha expressamente reconhecido, não podia estabelecer nenhum princípio (“*No principle is settled*”)<sup>101</sup>.

E, assim, Adams tratou de elencar os acordos internacionais e leis de Estados em particular que, a partir do fatídico ano de 1807, demonstravam como o mundo ocidental e cristão (diferentemente do africano) tinha entrado na estrada da condenação do tráfico de escravos, para sustentar que tal comércio já era considerado por todos os países europeus uma injustiça e um crime contra os princípios de direito natural que atribuíam a todos o direito de liberdade. Inclusive a Espanha tinha proibido o tráfico a partir de 1820 depois de ter estipulado um acordo bilateral com a

---

and, of course, the trade would remain lawful to those whose Government had not forbidden it. “3. That the right of bringing in and adjudicating upon the case of a vessel charged with being engaged in the slave trade, even where the vessel belongs to a nation which has prohibited the trade, cannot exist. The courts of no country execute the penal laws of another, and the course of the American Government on the subject of visitation and search would decide any case in which that right had been exercised by an American cruiser, on the vessel of a foreign nation not violating our municipal laws, against the captors. // “It follows, that a foreign vessel engaged in the African slave trade, captured on the high seas in time of peace, by an American cruiser, and brought in for adjudication, would be restored».

101 Ivi, p. 94 e p. 73: “Here reference is made to the case of the Antelope, in 10 Wheaton, to which I shall hereafter solicit the particular attention of the Court, as I purpose to examine it in great detail, as to all the principles that have been supposed to be decided by that case and especially on the point here alluded to, concerning which Chief Justice Marshall says that the Court was divided, therefore no principle is decided. That was the most solemn and awful decision that ever was given by any Court. The Judges did not deliver their opinions for publication, or the reasons, because the court was divided. This case is laid at the foundation of the argument or opinion of the Attorney-General on which this whole proceeding is based, and it is appealed to in all the discussions as authority against the rights of these unfortunate people. I shall, therefore, feel it to be my duty to examine it to the bottom”. Para referências amplas ao caso Antelope, cf. também pp. 82; 94-134.

Grã-Bretanha<sup>102</sup>, como vimos anteriormente. Com base nisso, era necessário, também, reconhecer que o bloqueio realizado na execução do direito estadunidense não violava as regras de direito internacional de paz e era necessário excluir que o bloqueio e a perquisição de navios negreiros estrangeiros seriam atos de guerra.

Aplicando tais considerações ao caso Amistad, seria preciso dizer que toda a questão surgiu da servilismo das autoridades estadunidenses em relação às espanholas<sup>103</sup> e pela conivência (e corrupção) das autoridades espanholas em Cuba com os traficantes de homens.

De acordo com o primeiro ponto de vista, não era admissível ignorar que o direito de liberdade é individual (*ius suum*), pois essa era uma verdade autoevidente, que qualquer violação dos princípios autoevidentes dos direitos humanos constituía uma traição contra a Constituição dos Estados Unidos<sup>104</sup> e que, segundo o direito natural, segundo a declaração de independência americana, fazia parte do direito natural divino<sup>105</sup>.

102 Ivi, p. 91 e também p. 120.

103 Cf., acima, o texto das nt. 78-80

104 ADAMS, *Argument of John Quincy Adams* cit. nt. 56, p. 82. “Is it possible that a President of the United States should be ignorant that *the right of personal liberty is individual. That the right to it of every one, is his own--JUS SUUM*; and that no greater violation of his official oath to protect and defend the Constitution of the United States, could be committed, than by an order to seize and deliver up at a foreign minister’s demand, thirty-six persons, in a mass, under the general denomination of all, the negroes, late of the Amistad. That he was ignorant, profoundly ignorant of this self-evident truth, inextinguishable till yonder gilt framed Declarations of Independence shall perish in the general conflagration of the great globe itself. I am constrained to believe--for to that ignorance, the only alternative to account for this order to the Marshal of the District of Connecticut, is willful and corrupt perjury to his official presidential oath. // But ignorant or regardless as the President of the United States might be *of the self-evident principles of human rights*, he was bound to know that he could not lawfully direct the delivery up to a foreign minister, even of slaves, of acknowledged undisputed slaves, in an undefined, unspecified number. That the number must be defined, and individuals specifically designated, had been expressly decreed by the Supreme Court of the United States in that very case of the Antelope so often, and as I shall demonstrate so erroneously quoted as a precedent for the captives of the Amistad.

105 Ivi: p. 126 “In the Declaration of Independence the Laws of Nature are announced and appealed to as identical with the laws of nature’s God, and as the foundation of

De acordo com o segundo ponto de vista, em função do motim legítimo, os escravos simplesmente, e com justiça, escaparam do domínio dos espanhóis ao reivindicar o direito à liberdade<sup>106</sup>: quando o *Amistad* foi requisitado pelos estadunidenses, já não era um navio de propriedade dos Espanhóis, mas de Africanos que traziam prisioneiros Espanhóis, os quais, talvez, aos olhos dos seus novos ‘senhores’, também eram escravos: é impossível deixar de notar uma forma de trágica ironia ou de sarcasmo nas palavras de Adams<sup>107</sup>.

Mas esse também foi somente um episódio. Ainda em 1842, isto é, um ano depois da defesa de Adams, o prestigiado embaixador estadunidense em Berlim, Henry Wheaton, que, na juventude, foi *reporter* das sentenças da corte suprema e que levantou, depois, em função do seu ‘diplomático’ pragmatismo, enormes polêmicas a propósito da independência polonesa e italiana, em uma investigação sobre a legitimidade das pretensões inglesas de exercer o direito de bloqueio, visita e perquisição de um barco americano suspeito de transportar escravos, excluiu tal direito e sustentou que o procedimento foi realizado violando a soberania dos Estados Unidos. Era o momento em que estavam sendo preparadas as armas para a guerra civil americana entre os estados abolicionistas e os antiabolicionistas<sup>108</sup>.

---

all obligatory human laws”.

106 Ivi, p. 122. São expressões recorrentes na defesa de Adams o contraste entre estado natural de liberdade e o estado de escravidão («recover the freedom to which they are entitled») (p. 46) e o profundo interesses pelos direitos de liberdade «the deepest interest to human freedom», p. 44.

107 Ivi, p. 92: “Here it is plain that the vessel was in the hands of the Africans, it was not under the Spanish flag, they were at peace with the United States, their voyage is lawful, the personal relations established among the persons on board were that the Africans were masters and the Spaniards captives, subjects; --perhaps by the laws of Mendi they were slaves”.

108 HENRY WHEATON, *Enquiry into the validity of the British Claim to a right of visitation and search of American vessels suspectd to be engaged in the African slave - trade*, Philadelphia 1842, p. 49 (STORTI, *Empirismo e scienza* cit. nt. 57, pp. 90 e 127 ss.) e cf., a propósito, para os fatos relativos à guerra civil americana, W. G. GREW, *The Epochs of International Law*, W. De Gruyter, 2000 (trad. de ID., *Die Epochen der Völkerrechtsgeschichte* del 1984), pp. 566-567.

## 6 CONCLUSÕES. A LIBERDADE INDIVIDUAL DIANTE DA SOBERANIA DO ESTADO

Seria possível continuar trazendo o exemplo de muitas outras causas, mas, podemos dizer que a dupla direito natural / direito das gentes continuou na base dos esquemas e dos argumentos do raciocínio jurídico contra ou a favor do tráfico de negros até a sua abolição definitiva.

Na idade moderna, as nações cristãs e civilizadas européias deram fundamento jurídico à escravidão com as armas do direito. A escravidão era legítima pelo costume<sup>109</sup>. Quando, na política e na opinião pública, ainda não existia qualquer prevenção contra a mercantilização e exploração dos Africanos, a escolha da Inglaterra e dos Estados Unidos, em 1807, de proibir o tráfico de escravos caiu como um raio inesperado sobre as outras potências.

Somente no mundo anglo-saxão, os protestos religiosos e intelectuais contra a escravidão conseguiram, depois de um século em relação às suas primeiras manifestações, passar do plano do protesto cívico para a política. O primeiro resultado não foi a abolição da escravidão, mas uma intervenção na raiz do fenômeno escravista, o tráfico de homens. Uma intervenção que, de fato, não obteve o resultado de suprimi-lo nem mesmo no interior da Grã-Bretanha por causa da prevalência dos interesses de caráter econômico. Do tráfico legal se passava, como registrou, entre outros, Evaristo de Moraes, ao contrabando<sup>110</sup>.

Quanto ao *status* da pessoa, continuou se contrapondo ao direito natural à liberdade individual o direito costumeiro das gentes segundo o qual era absolutamente legítimo, no exercício da sua soberania, liberdade e independência, que os Estados que assim desejassem tivessem leis prevendo o tráfico de escravos e a

---

109 Uma ótima síntese dos argumentos pró e contra a legitimidade do tráfico de escravos se encontra na obra que me foi gentilmente assinalada pelo colega Ricardo Sontag, ao qual agradeço de coração: J. J. DA CUNHA DE AZEREDO COUTINHO, *Analyse sobre a justiça do commercio do resgate dos escravos da costa da Africa*, novamente revista e acrescentada por seu author, Lisboa, Rodrigues Neves, 1808.

110 MORAES, *Extinção do tráfico* cit. nt. 12, pp. 34-36.

sua exploração. Em outras palavras, o direito dos negros de não serem submetidos ao tráfico só prevaleceria se, no direito interno de cada Estado, existisse a previsão do primado do direito natural sobre as outras fontes do direito.

No *ius naturale* era possível encontrar argumentos de direito para sustentar a abolição do tráfico, mas, naquele contexto histórico, era necessário subverter todo um sistema que não reconhecia ao direito natural qualquer espaço efetivo.

Na impossibilidade, para os Estados abolicionistas, de interferir no direito interno dos Estados não abolicionistas, a luta contra o tráfico foi combatida no plano das relações internacionais, através da estipulação de tratados, ou, na falta deles, através do bloqueio de navios negreiros.

A escolha por transferir a luta contra o tráfico de escravos do plano do direito interno para o direito internacional permitiu deslocar o raciocínio jurídico do plano inatacável da soberania do Estado para a estrutura das relações entre os Estados e para as fontes de um direito supranacional que poderia ter efeitos sobre os direitos nacionais. Somente um direito internacional fundado na moral e na justiça do direito natural oferecia argumentos para a defesa dos escravos.

Na realidade, as questões relativas ao tráfico não giravam tanto em torno da construção dos direitos humanos, mas de um direito internacional capaz de sustentar as pretensões moralizadoras das operações de patrulha dos mares realizadas em águas extraterritoriais (e, no que diz respeito ao Brasil, também em águas territoriais) que comportava, antes de mais nada, a insurgência de protestos diplomáticos por parte dos Estados de referência dos navios negreiros com as consequentes solicitações de indenização. Em geral, a diplomacia não teve dúvidas ao condenar o bloqueio e a perquisição de navios como violação do direito internacional consuetudinário e convencional.

A luta contra o tráfico provocou, antes de tudo, uma luta entre Estados e suas respectivas diplomacias, que tinham um papel extraordinário nos assuntos mundiais, ainda que isso tenha acabado por abrir a primeira porta para a luta contra a escravidão, na falta de uma categoria jurídica de direitos humanos e de uma tutela

positiva para eles. A falta de tal categoria jurídica foi preenchida com a aplicação, em tempos de paz, de um instituto de direito internacional de guerra, como o direito de visita, perquisição e confisco dos navios estrangeiros que era, porém, aplicado contra o princípio da soberania e da independência dos Estados aos quais os navios estavam submetidos.

O embate entre um pretensão, ideal e moral, direito natural superior nas relações internacionais a qualquer outra fonte do direito e os muito concretos direitos nacionais que tutelavam os interesses econômicos sem levar em consideração nem o direito natural, nem tampouco o custo em vidas e sofrimento de homens, não poderia ter sido mais violento. No novo clima de invenção de um direito internacional marcado por critérios de justiça, o conflito se desenvolveu em nível supranacional colocando em jogo, na teoria e na prática, o problema da identificação das fontes do direito, da sua interpretação e aplicação nas relações internacionais para afirmar a positividade e efetividade do direito natural contra a sua relegação a um complexo de princípios não acionáveis.

Inclusive no plano supranacional, portanto, a afirmação do primado do direito natural na disciplina das relações internacionais era completamente incerta em função da resistência da maioria dos Estados europeus.

Como foi possível constatar através do exame de algumas controvérsias judiciais internacionais, Inglaterra e Estados Unidos, que se colocaram como promotoras de tais intervenções nos mares, objetivavam afirmar a primazia do direito natural, da moral e da justiça<sup>111</sup> contra as pretensões dos Estados que protegiam os seus traficantes insistindo na sua jurisdição exclusiva sobre a matéria, em nome do princípio da independência dos Estados e da prevalência do costume *inter gentes* e do direito convencional sobre o direito natural, de acordo com os princípios consolidados de uma diplomacia sensível às exigências da economia e da política.

As sentenças emanadas sobre questões originadas do combate ao tráfico de escravos são o lado jurisprudencial – e,

---

111 Cf., acima, nas argumentações de J. Story

portanto, de efetividade – da tentativa de alguns juízes e advogados de despolitizar e de tirar as relações internacionais do domínio da ‘força’ em favor de uma disciplina fundada nos valores da ordem e da razão natural, que, na opinião deles, tinha eficácia de direito positivo.

Os defensores de tal orientação não somente afirmaram ‘para uma futura memória’, dado que a abolição só se realizaria mais tarde<sup>112</sup>, o princípio da liberdade de todo indivíduo, mas insinuaram, inclusive, a própria ilegitimidade da soberania dos Estados quando ela se tornasse fonte de normas moralmente ou juridicamente injustas, em um momento em que todos pensavam que a soberania não podia sofrer qualquer limitação. Às soberanias - frequentemente dominadas pelo *lobby* de interesses econômicos favorecidos, por sua vez, pelo desinteresse da opinião pública - contrapunha-se a tutela de homens, certamente negros e diferentes, mas de carne, osso e alma, cuja liberdade só era tutelada pelos princípios da moral e do direito natural.

A defesa de Adams para os escravos do Amistad foi exemplar desse ponto de vista. No direito natural estavam os fundamentos do legítimo direito de resistência que os escravos tinham exercido com sucesso no motim contra os seus sequestradores, devolvendo a eles o *status* de homens livres. Como homens livres, eles aportaram no território estadunidense, onde o direito constitucional do *habeas corpus* – confirmado pela quarta emenda em 1791 – vigia como direito territorial<sup>113</sup>. Enquanto tal, tudo o que tinha sido feito pela administração e pelo governo dos Estados Unidos para corresponder às exigências dos Espanhois se configurava como ato tirânico de eversão do princípio da separação dos poderes<sup>114</sup>.

---

112 A abolição da escravidão, como se sabe, na Inglaterra aconteceu somente em 1833 e nos Estados Unidos somente em 1865. O progresso foi muito lento: por exemplo, os EUA, em 1819, declararam ilegítimas as empresas de busca e comercialização de homens, mas, como já foi sublinhado, não o fez, no âmbito do tráfico entre Estados Unidos e Brasil, em relação às empresas de construção de navios negreiros.

113 Cf., acima, os textos das nt. 97-98.

114 Cf., acima, os textos das nt. 81.

Diante de um direito “*inter nationes*” que reconhecia e tutelava exclusivamente a liberdade, a independência e a soberania dos Estados tentava-se impor um ‘novo’ direito internacional que estava sendo construído, também, no plano científico, mas que Inglaterra e Estados Unidos tentavam efetivar nos mares com a ação moralizadora de *patrolling* do Atlântico (com os consequentes casos judiciais) objetivando, como expressou o ministro das relações exteriores inglês Lord Palmerston, de unificar na luta contra o tráfico todas as potências mundiais<sup>115</sup>. A ideia era construir um novo direito internacional no qual as soberanias dos Estados encontrassem um limite no respeito aos princípios daquele direito natural, pensado – como eles pretendiam – desde a antiguidade como direito à tutela da liberdade das pessoas.

O problema da natureza e das fontes do direito internacional, infelizmente, ainda está muito vivo e premente nesses tempos que registram um aumento da intangibilidade da soberania dos Estados. O “suave civilizador [moralizador] de nações”, para usar as palavras de Martti Koskenniemi, naquela época, estava dando os seus primeiros passos, e, agora, parece estar retrocedendo<sup>116</sup>.

O caso brasileiro ilustra com clareza como a soberania dos Estados é um dos maiores obstáculos na abolição do tráfico de escravos que, por sua vez, era a premissa para a conservação da escravidão. Nas pontuais reconstruções de Evaristo de Moraes de Leslie Bethell (sobretudo acerca do debate político inglês) encontramos todos os elementos políticos, econômicos e a vigorosa defesa da soberania nacional, recentemente conquistada depois da vitoriosa luta pela independência contra Portugal que conotaram a experiência da lenta abolição do tráfico, e, depois, da escravidão no Brasil.

Apesar de ter publicado, em 1831, a sua própria lei de abolição do tráfico – que não se efetivou em função do desinteresse da opinião pública em relação à escravidão –, quando do vencimento

---

115 BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave* cit. nt. 53, p. 115.

116 M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, University Press, 2001.

do tratado estipulado com a Inglaterra em 1826, depois da proclamação da independência em relação à Portugal, cuja duração era de quinze anos, para colaborar na luta contra o tráfico de escravos, qualificado como pirataria, inclusive com a contribuição de comissões mistas, o governo brasileiro não demonstrou qualquer interesse em renová-lo<sup>117</sup>.

Essa falta de vontade era justificada, no Brasil, em função da violação, por parte da Inglaterra, das regras estabelecidas no tratado anterior, de 1817, com Portugal, que, obviamente, diziam respeito também ao Brasil, dado que a Inglaterra não hesitara em exercer a sua atividade de bloqueio, perquisição e confisco inclusive nas águas territoriais brasileiras: “nas nossas costas, nas nossas baías, na foz dos nossos rios”<sup>118</sup>.

Segundo Evaristo de Moraes, já com a estipulação do tratado de 1826, o Império do Brasil já aceitara uma redução da própria soberania<sup>119</sup>. Em 1845, a Inglaterra reagiu à falta de vontade brasileira em renovar o tratado com o chamado *Bill Aberdeen*, com o qual o governo inglês assumia unilateralmente o direito de bloqueio, visita e confisco dos navios negreiros brasileiros<sup>120</sup>.

O Brasil, com o apoio dos maiores internacionalistas europeus, considerou o *bill Aberdeen* de 1845 um verdadeiro ato de guerra, que, em primeiro lugar, tinha provocado uma violenta reação por parte da ala conservadora da sociedade e do espírito patriótico do novo Estado brasileiro independente, “*an insult to our dignity as an independent people*”<sup>121</sup>.

No espírito da época, a honra do Estado e a sua soberania prevaleciam não somente sobre o direito internacional, mas, também, sobre a defesa dos Africanos. Algo ainda frequente hoje em dia, se olharmos, por exemplo, o que está acontecendo na Síria.

---

117 BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave* cit. nt. 53, 112-150 e 242-266

118 MORAES, *Extinção do tráfico* cit. nt. 12, pp. 26, 31-32, 44-45, as palavras citadas estão nas pp. 38-39.

119 Ivi, pp. 31-32.

120 Ivi, p. 46.

121 Loc. ult. cit. e pp. 51-52; MARTINEZ, *Antislavery* (cit. nt. 26), p. 266.

Como sabemos, o Brasil promulgou, enfim, em 1850, a sua própria lei contra o tráfico de escravos que não teve os efeitos esperados, mas, ao contrário, fez florescer o contrabando<sup>122</sup>, enquanto a escravidão foi formalmente abolida somente em 1888<sup>123</sup>.

A abolição do tráfico e a luta contra ela não poderia produzir efeitos concretos até que a injustiça da escravidão fosse reprovada pela opinião pública: somente nesse momento o Estado conseguiria ou seria obrigado a contrastar os interesses econômicos fundados na exploração da escravidão.

Tudo o que venho reconstruindo até agora denuncia, então, no bem, e, sobretudo, no mal, a profunda historicidade do direito e a sua dependência em relação a múltiplos fatores, certamente não por último a prevalência, frequentemente avassaladora, pelo menos naquela época, dos preconceitos raciais e da economia sobre a justiça e sobre o direito. Idealistas, legisladores e juízes puderam e podem fazer bem pouco contra tais interesses se faltar a eles a sustentação, não só da política, mas, também, da opinião pública.

---

122 MORAES, *Extinção do tráfico* cit. nt. 12, pp. 53-56; MARTINEZ, *Antislavery* (cit. nt. 26), pp. 327-363.

123 MARTINEZ, *Antislavery* (cit. nt. 26), p. 626.

