

Estado e Direito entre cativos e cidadãos¹

State and Law between captives and citizens

Luiz Edson Fachin²

Fernanda Bernardo Gonçalves³

*“Senhor Deus dos desgraçados!
Dizei-me vós, senhor Deus,
Se eu deliro... ou se é verdade
Tanto horror perante os céus?!...
Ó mar, por que não apagas,
Co’a esponja de tuas vagas
Do teu manto este borrão?...”
(O Navio Negreiro, Castro Alves)*

1 Artigo publicado em: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando Maluf; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.) *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 93-110.

2 Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

3 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Paraná. Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: O artigo traz um resgate histórico dos povos escravizados, excluídos socialmente após a abolição da escravatura, e analisa-os frente ao instituto da cidadania dos estados democráticos a partir do século XX. Para tanto, demonstra-se o processo de reconquista do estatuto de humano desde a Lei Áurea de 1888 à Constituição Federal de 1988, destacando-se o papel das supremas cortes na busca pela igualdade para todos, independentemente de raça ou cor, e do debate quanto ao exercício das liberdades positiva e negativa.

PALAVRAS-CHAVE: cidadania; escravidão; racismo; Constituição de 1988; abolição da escravatura.

ABSTRACT: This article intends to make a historical rescue of the slaves community, socially excluded after the abolition, and analyzes them in front of the citizenship institute of democratic states from the 20th century on. It aims to demonstrate the process of regaining human status since the Áurea Law of 1888 to the Federal Constitution of 1988, highlighting the role of the supreme courts in the search for equal conditions to everyone, no matter their race or color, and the debate on the exercise of positive and negative freedoms.

KEYWORDS: citizenship; slavery; racism; 1988 Constitution; abolition.

1. NOTA DE ENTRADA

Desafio íngreme que se tem ao verter em palavras incursões sobre aspectos históricos que nuançam ou não raro caracterizam mesmo tempos de barbarismo é o de evitar reducionismos e enredos meramente retóricos. Por isso, as primeiras observações, neste singelo texto de anseios tão-só acadêmicos, estão adstritas a um percurso contido em elementos já conhecidos, e desse modo almejam obstar capturas de fenômenos históricos amortizados a experiências ou a instituições que integraram uma dada ordem social. Intenta, unicamente, situar-se num arco que

pode haurir o conceito que, na estação contemporânea, elevou a direito fundamental o alçar-se à cidadania, o que é incompatível com qualquer forma de aniquilamento, de *Versachlichung* ou “reificação”, de trabalho escravo, e também com prisões degradantes ou com banimentos.

Está situado, de tal forma, no campo do discurso e da prática da normatividade; não se guia por discernimentos morais subjetivos nem protagoniza despreocupação com imparcialidade. A narrativa, assim metodologicamente concebida, vigia a si mesma para não perpetrar mais injustiça sob as vestes teóricas de algo *serviável*, obsequioso ao cultivo do objeto e do encolher os ombros aos fatos.

Eis a razão pela qual o pilar inicial deste estudo procura captar aqueles que foram excluídos pela escravidão do *mundo dos sujeitos*, reduzidos à *coisa*, a objeto sob valor (como propriedade) ou sob preço (como instrumento de trabalho). Essa *morte* mais que civil deportou pessoas, sem liberdade, sem direitos políticos, transformando-os numa legião de pertences. O processo de reconquista do estatuto humano repta a refletir sobre o que, a rigor, é irrepresentável discursivamente, comendo, nada obstante, o sentido de humanidade possível, até porque “estamos sempre a caminho de ser”⁴.

Longe da força poética vibrante em Castro Alves, o essencial do que segue presta homenagem ao código normativo constitucional brasileiro que, em 1988, abriu portas para essa dimensão que realiza inclusões e rechaça exclusões.

Nesta narrativa, percorre-se, mediante juízo de realidade, fato e ideias sobre um tema de indiscutível relevo, ao longo dos séculos. Trata-se da questão da cidadania, que ocupa a teoria política e os estudos jurídicos. De fato, saber quem figura como detentor dos direitos reconhecidos, e em

4 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; WYKROTA, Leonardo Martins. *Nos corredores do direito*. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (coord.). (O) outro (e) (o) Direito. v.1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 27.

que medida seu exercício está assegurado, faz parte das teorizações dos mais diversos pensadores.

Sem exageros, desde Aristóteles, passando pelos clássicos como Hobbes, Rousseau, Stuart Mill, Tocqueville, Benjamin Constant, já se problematizou a temática dos direitos inatos àqueles que fossem reconhecidos como integrantes da comunidade política, bem como acerca da origem do poder exercido pelos governantes e da possibilidade de interferência de pessoas previamente reconhecidas como capazes de participar do exercício desse poder sobre os demais.

Sumariando essas preocupações, na perspectiva que esta narrativa toma, sem exclusão de outros baldrames filosóficos diversos ou até mesmo antagônicos, toma-se o que escreveu Isaiah BERLIN, autor que se insere já numa perspectiva liberal no século XX, no artigo *Two concepts of liberty*, ao traduzir a diferenciação entre a *liberdade negativa*, caracterizadora da modernidade liberal, e a *liberdade positiva*, que impele à participação política das pessoas. Berlin retoma a conhecida distinção já realizada por Benjamin Constant entre a liberdade dos antigos – como Rousseau a defendia sob a necessidade de autogoverno pelos cidadãos⁵ – e a liberdade dos modernos – aquela que os liberta da indevida invasão estatal em suas vidas mediante a proteção e a defesa dos direitos individuais⁶.

5 BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. In: Four essays on liberty. London: Oxford Paperbacks, 1969, p. 131: “The ‘positive’ sense of the word ‘liberty derives from the wish on the part of individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men’s acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody; a doer – deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave, incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them”.

6 Ibidem, p. 122: “I am normally said to be free to the degree to which no man or body of

Esse embate entre as chamadas liberdade negativa e liberdade positiva vem sendo o ponto central dos muitos teóricos que estudam a questão da cidadania, os quais propõem diferentes soluções ou mesmo composições temporárias a esse conflito.

Muito já se controverteu em alusão à trajetória da cidadania; uma questão quiçá mereça atenção ainda maior: a demanda dentro das sociedades ocidentais, inclusive depois que se tornaram democráticas. De fato, a escravidão de povos negros africanos fez-se presente em toda a Europa e em suas colônias americanas. No entanto, mesmo após a progressiva abolição da escravatura nesses países, a cidadania plena dos negros viu-se condicionada a obstáculos, muitos deles contidos em leis e em entendimentos jurisprudenciais.

No Brasil, a dificuldade em assegurar a negros e pardos a igualdade plena no exercício de todo o plexo de direitos assegurados à condição de cidadão brasileiro também se fez presente. A Lei Áurea de 13 de maio de 1888 não foi suficiente para incluir os negros como partícipes ativos da sociedade política da época, e mesmo após a Constituição da República de 05 de outubro de 1988, persistem desafios na busca por essa igualdade material.

No presente artigo, esse é o fio condutor da narrativa que segue: as questões acerca do exercício tanto da chamada liberdade negativa – aquela que diz respeito à área de preservação de uma individualidade posta à salvo da interferência estatal – quanto da denominada liberdade positiva – referente aos direitos de participação política na comunidade – não se situaram da mesma forma que em relação à população livre, ante o fato da escravidão.

men interferes with my activity. Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved.”.

Desde logo, afirma-se que houve um papel assumido pelo Direito nesse longo caminho em busca da cidadania plena a todos aqueles considerados formalmente aptos a exercê-la, entretanto faticamente tolhidos tanto no gozo desses direitos fundamentais, como na participação nos destinos da comunidade política à qual passaram a pertencer após a abolição.

Principiaremos a análise sob um olhar à experiência norte-americana, a fim de diferenciar a forma como aquela sociedade política, por meio de suas instituições jurídicas, lidou com a questão da escravidão dos negros e com a abolição da escravatura, bem como com a problemática da garantia da cidadania aos afro-americanos por meio da teoria do *separate but equal*.

A seguir, abre-se um tópico para analisar de que maneira a nossa sociedade política tratou de semelhante tema, desde as circunstâncias que resultaram na assinatura da Lei Áurea em 1888, até os desdobramentos da luta por reconhecimento pelos movimentos negros no Brasil.

Num terceiro momento, analisa-se a tarefa emancipatória à qual se alçou nosso regime constitucional vigente, concretizada por meio de diversos compromissos internacionais e leis internas, bem como de importantes decisões do Supremo Tribunal Federal para garantir condições de exercício de cidadania.

2. ELEMENTOS SOBRE A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, a escravidão dos negros ocorreu, deixada como herança da colonização britânica e praticada efetivamente nos chamados Estados do Sul, nos quais a economia dependia fortemente da produção de insumos agrícolas que tinham a mão de obra escravizada como base da produção.

A organização política das treze ex-colônias, declaradas independentes da Inglaterra em 1776, ressaltava as competências amplas dos agora treze Estados, unidos por um poder central com atributos

reduzidos, situação que teve grande influência no tratamento da questão dos escravos naquele país.

Se, por um lado, é certo que a Constituição aprovada em 1787 não autenticava expressamente a escravidão nos Estados Unidos⁷, de outra parte, ela não a proibia e reconhecia, em alguns de seus artigos, a existência de escravos no território norte-americano. Como descreve Gilberto BERCOVICI:

Uma série de compromissos firmados entre os convencionais da Filadélfia fizeram com que a escravidão fosse protegida constitucionalmente por vários dispositivos inseridos no texto, limitando, inclusive, os poderes da União, mas sem ser jamais mencionada explicitamente. Apesar de a Constituição norte-americana não a mencionar diretamente, a “*peculiar institution*” da escravidão perpassa todo o texto (Waldstreicher, 2009, pp. 57-105).

Um exemplo é a chamada “cláusula dos três quintos”, prevista no artigo I, seção 2, que trata da representação dos Estados no Congresso Nacional. Segundo o texto constitucional de 1787, o número de representantes por Estado na Câmara dos Deputados, assim como a eventual tributação direta por parte da União, seria calculado a partir do número de pessoas livres, incluindo os vinculados a serviços compulsórios (como servidão) e mais três quintos de “*all other persons*”, excluindo-se os índios. “*All other persons*” eram os escravos, obviamente. A Constituição de 1787, portanto, não apenas admitia a existência de pessoas que não fossem livres, como beneficiava os proprietários de escravos e os Estados escravocratas, pois teriam um número maior de representantes, contabilizados também a partir de três quintos do número total de escravos. Outro dispositivo constitucional também vinculado à preservação da escravidão foi o da restrição imposta ao poder do Congresso Nacional de regular o comércio com outras nações e entre os Estados. De acordo com o artigo I, seção 9, o Congresso não poderia legislar sobre ou restringir

7 Nesse sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R. *Dred Scott v. Sandford and its legacy*. In: GEORGE, Robert P. (ed). *Great cases in Constitutional Law*. Princeton University Press: Princeton, 1997, p. 65: “Let me now identify the great myths involving *Dred Scott*. The first and perhaps most important one was created by the *Dred Scott* case itself: The myth is that the original Constitution protected, supported, and entrenched slavery. On this view, the Constitution was emphatically pro-slavery. As a legal matter, this is a myth in the simple sense that it is false: the Constitution does not support or entrench slavery.”

a importação de pessoas (leia-se: o tráfico de escravos) por um prazo de vinte anos, ou seja, até 1808 (Fehrenbacher, 2005, pp. 28-47; Waldstreicher, 2009, pp. 3-10).⁸

Daí se depreende que, a despeito da ausência de previsão expressa autorizando a escravidão no texto constitucional original norte-americano, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao interpretá-lo, conferiu diversas decisões no sentido de manter intacto o regime escravocrata nos Estados nos quais ele existia, tendo, no mais rumoroso desses casos, negado a cidadania a todos os negros e seus descendentes no território dos Estados Unidos.

Trata-se da decisão proferida pela Corte no Caso *Dred Scott v. Sandford* – 60 U.S. 393 (1856). Dred Scott era um escravo que pertencia ao Dr. Emerson, médico do Exército que residia no Estado do Missouri, no qual a escravidão era legal. Em razão do trabalho, mudou-se para o Estado do Illinois, e posteriormente para o território de Minnesota, e em ambos a escravidão era proibida. Retornando posteriormente ao Estado do Missouri com o proprietário, e agora já casado e com duas filhas, Dred Scott requereu judicialmente sua liberdade, com base em legislação federal que vedava a escravidão nos territórios federais, bem como no entendimento de que o ingresso de um escravo em território livre consistiria em sua libertação dessa condição.

Tendo intentado a demanda primeiramente em face de seu proprietário, teve a decisão favorável reformada por uma corte superior estadual, ingressando novamente com a ação perante uma corte federal, tendo sua pretensão denegada uma vez mais, chegando o caso à decisão da Suprema Corte.

No ano de 1853, a Corte chega a uma decisão por maioria, com dois votos dissidentes, no sentido de que um negro não poderia ostentar a condição de cidadão no território dos Estados Unidos, pois esta não fora a vontade dos constituintes, não tendo direito sequer a peticionar perante uma corte federal.

8 BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia*. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 89, 2013, p. 115-117.

O voto do *Chief Justice* Roger Taney deixa explícita essa orientação:

The question is simply this: Can a negro, whose ancestors were imported into this country, and sole as slaves, become a member of the political community formed and brought into the existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all the rights, and privileges, and immunities, guaranteed by that instrument to the citizen? One of which rights is the privilege of suing in a court of the United States in the cases specified in the Constitution.

(...)

The words “people of the United States” and “citizens” are synonymous terms, and means the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institutions, from the sovereignty, and who hold the power and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the “sovereign people”, and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. The question before us is, whether the class of persons described in the plea abatement, compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word “citizens” in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at the time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges, but such as those who held the power and the Government might choose to grant them⁹.

Essa decisão enquadra-se à realidade escravista e de defesa do direito de propriedade vigente à época, dentro da qual se incluía o direito a possuir escravos.

Nada obstante, com a Guerra Civil que eclodiu entre os Estados escravistas do Sul, que pretendiam obter a secessão em face do governo da União, e os Estados livres do Norte, que permaneciam leais ao governo federal, entre os anos de 1861 e 1865, a vitória da União trouxe como uma de

9 60 U.S. 393 (1856).

suas primeiras consequências a abolição da escravatura em todo o território norte-americano, por meio da Décima Terceira Emenda à Constituição, ratificada já em 1865. Por sua vez, a Décima Quarta Emenda, dentre outras disposições, conferiu a cidadania a todos aqueles nascidos nos Estados, aí incluídos os ex-escravos e seus descendentes, tendo sido ratificada pelos governos estaduais em 1868, e sepultando o entendimento firmado pela Suprema Corte no caso *Dred Scott*¹⁰. Finalmente, em 1870 foi ratificada a Décima Quinta Emenda, atribuindo o direito de voto a todos os cidadãos, sem discriminação de raça ou cor, ou pela prévia condição de servidão.

As referidas emendas constitucionais representaram um enorme avanço no sentido da atribuição da cidadania formal aos negros, o primeiro passo ao exercício pleno dos direitos inerentes à essa condição. Nada obstante, por si sós, não asseguraram a modificação das condições materiais necessárias à equiparação entre os brancos naquele País, que sempre foram livres, e os ex-escravos e seus descendentes. Ademais, os juízes da Suprema Corte, apegados a uma interpretação originalista do texto constitucional, permaneciam dificultando à população negra a obtenção de uma igualdade real em relação à população branca.

Esse entendimento deduz-se do julgado da Corte no Caso *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537 (1896) – no qual a doutrina do *separate but equal* foi consagrada como constitucional pelos juízes da Suprema Corte. No caso, Homer Plessy, um cidadão de origem afro-americana, comprou uma passagem de trem num vagão de primeira classe no Estado de Louisiana, mas antes de iniciar a viagem foi convidado a mudar de vagão pelo condutor do

10 Amendment XIV: Section 1. “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state therein they reside. No state shall make or enforce any law, which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor to deny any person within its jurisdiction the equal protector of the laws.”

trem, pois aquele era um vagão destinado exclusivamente a pessoas brancas.

No julgamento do caso, nos termos da *opinion* proferida pelo Justice J. Brown, a legislação do Estado da Louisiana, ao determinar a segregação dos negros em vagões ou outros estabelecimentos, dos brancos, não violava a Décima Quarta Emenda, uma vez que os mesmos serviços eram prestados a todas as pessoas, ressaltando-se que, ausente a contrariedade ao texto constitucional, não havia autorização para que o Congresso pudesse invalidar uma lei estadual que regulava, a sua maneira, a alegada equiparação entre as raças¹¹.

Em outras decisões posteriores, essa posição foi reforçada, mas gradualmente inicia-se um questionamento acerca dessa igualdade que determina a separação das raças sob o argumento de que a convivência poderia gerar danos sociais irreparáveis.

No campo da educação pública surge o caso que irá determinar a revisão de entendimento da Suprema Corte, já em 1952, questionando a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas ensejada por meio de leis estaduais, ao argumento dos efeitos deletérios que a segregação patrocinada institucionalmente causa nas crianças e jovens negros, levando ao sentimento de inferioridade e ao rebaixamento no

11 Da referida *opinion*, extrai-se o seguinte excerto: “So far, then, as a conflict with the Fourteenth Amendment is concerned, the case reduces itself to the question whether the statute of Louisiana is a reasonable regulation, and, with respect to this, there must necessarily be a large discretion on the part of the legislature. In determining the question of reasonableness, it is at liberty to act with reference to the established usages, customs, and traditions of the people, and with a view to the promotion of their comfort and the preservation of the public peace and good order. Gauged by this standard, we cannot say that a law which authorizes or even requires the separation of the two races in public conveyances is unreasonable, or more obnoxious to the Fourteenth Amendment than the acts of Congress requiring separate schools for colored children in the District of Columbia, the constitutionality of which does not seem to have been questioned, or the corresponding acts of state legislatures”.

status social dessas pessoas, situação que estaria em desacordo com os ditames da Décima Quarta Emenda.

Trata-se do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* – 347 U.S. 483 (1954) – cuja decisão foi a responsável pelo *overruling* da decisão do caso *Plessy*, consignando a inconstitucionalidade do tratamento sectário conferido aos negros pelos Estados norte-americanos. Em verdade, a decisão prolatada nesse caso pelo *Chief Justice* Earl Warren aplicou-se a outros quatro casos, envolvendo a mesma questão de fundo, qual seja, a contrariedade ao tratamento igualitário por meio da separação entre escolas para negros e escolas para brancos.

Ainda no ano de 1952 começaram as audiências para julgamento dos casos, determinando a Corte no ano de 1953 a realização de novas audiências com os representantes das partes, a fim de que respondessem a questões previamente formuladas sobre as origens e o alcance da citada Emenda constitucional. Em maio de 1954, o *Justice* Warren – nomeado no curso do processamento dos feitos – prolatou a decisão unânime dos juízes e, ressaltando a relevância do serviço público de educação, declarou a inaplicabilidade da teoria do *separate but equal* aos casos analisados:

We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does.

(...)

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” does not take place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore we hold the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.¹²

12 347 U.S. 483 (1954).

Referida decisão, umas das mais importantes da história norte-americana, representou o maior questionamento de uma política institucionalizada de discriminação racial, que por décadas foi aceita pela Corte, a despeito das evidências históricas de perpetuação da condição de inferioridade dos negros naquele país. Se, por um lado, a transformação social necessária demanda mais que decisões da Suprema Corte para ser atingida¹³ – haja vista os recentes protestos nos Estados Unidos contra o contínuo assassinato de jovens negros pela polícia –, não há dúvidas de que a conclusão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* insere-se no contexto de luta do movimento negro do país, que desaguou na assinatura, em 1964, do *Civil Rights Act*, e em 1965 do *Voting Rights Act*, a proibir a discriminação racial no solo norte-americano e assegurar o direito de voto aos afro-americanos, resultado de contínuas lutas dos negros pelos direitos de cidadania naquele país, capitaneados por nomes como Martin Luther King.

3. O BRASIL EM MEIO A HERANÇAS

A escravidão também quebrantou o Brasil, iniciando-se quando ele ainda era colônia de Portugal e perdurando até o final do Império, perfazendo um período de quase quatrocentos anos, tendo sido o país um dos últimos do Ocidente a abolir a prática.

13 Nesse sentido, ver MALTZ, Earl. *Brown v. Board of Education and Originalism*. In: GEORGE, Robert P., op. cit., p. 159: “Despite this innovations, the practical impact of *Brown* and its progeny on educational opportunities for African Americans has been less profound than some might have hoped. More than forty years after the decision, many African Americans continue to be educated in schools that are segregated in face if not by law, many of which are chronically underfunded and neste by problemas of violence and poverty”.

José Murilo de CARVALHO bem ensarta a dimensão do problema no que se refere à temática específica da cidadania:

O fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão.

Os escravos começaram a ser importados na segunda metade do século XVI. A importação continuou ininterrupta até 1850, 28 anos após a independência. Calcula-se que até 1822 tenham sido introduzidos na colônia cerca de 3 milhões de escravos. Na época da independência, numa população de cerca de 5 milhões, incluindo uns 800 mil índios, havia mais de 1 milhão de escravos. Embora concentrados nas áreas de grande agricultura exportadora e de mineração, havia escravos em todas as atividades, inclusive urbanas. Nas cidades eles exerciam várias tarefas dentro das casas e na rua. Nas casas, as escravas faziam o serviço doméstico, amamentavam os filhos das senhas, satisfaziam a concupiscência dos senhores. Os filhos dos escravos faziam pequenos trabalhos e serviam de montaria nos brinquedos dos sinhozinhos. Na rua, trabalhavam para os senhores ou eram por eles alugados. Em muitos casos, eram a única fonte de renda de viúvas. Trabalhavam de carregadores, vendedores, artesãos, barbeiros, prostitutas.

Alguns eram alugados para mendigar. Toda pessoa com algum recurso possuía um ou mais escravos. O Estado, os funcionários públicos, as ordens religiosas, os padres, todos eram proprietários de escravos. Era tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos. A escravidão penetrava em todas as classes, em todos os lugares, em todos os desvãos da sociedade: a sociedade colonial era escravista de alto a baixo.¹⁴

Os portugueses já traficavam escravos de suas colônias portuguesas antes da divisada do território brasileiro, e diante da dificuldade de escravização dos indígenas que aqui viviam, teve início o transporte dos escravos vindos da África para trabalhar nas lavouras exportadoras.

Com a independência do Brasil em 1822, a prática da escravidão não se modificou no país, ainda que nenhuma lei do novo governo imperial

14 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 22.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 25-26.

a tenha estabelecido expressamente¹⁵. Nem mesmo a Constituição do Império de 1824 previa expressamente a existência autorizada de escravos no Brasil¹⁶, contudo, a escravidão e o tráfico continuaram a existir como base da economia nacional.

A Carta de 1824 também excluía os escravos da condição de cidadãos brasileiros, uma vez que em seu artigo 6, inciso I, confere esse *status* apenas aos ingênuos e libertos nascidos no Brasil. Estabelecia, ainda, o voto censitário, ao exigir determinada quantia de renda líquida para o exercício do voto e outra maior para o exercício dos mandatos de deputados e senadores, afastando os mais pobres e, obviamente, os escravos, do direito de escolher seus representantes e de participar do governo, consagrando assim o direito de propriedade como direito máximo tutelado pelo texto constitucional. É relevante mencionar, ainda, que o artigo 94, inciso I, vedava o direito de voto aos libertos, tornando a prerrogativa de eleição de representantes exclusiva à maioria branca.

15 Nesse sentido, ver PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial: juriconsultos, escravidão e a lei de 1871*. Campinas: Editora da Unicamp, 2001. O autor demonstra a existência de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro imperial no que tange às questões derivadas da escravidão dos negros em nosso país, utilizando-se os juriconsultos pátrios, o Direito Romano, as ordenações portuguesas e mesmo os Códigos recém-promulgados nos países europeus, para colmatá-las e influenciar as decisões à época.

16 Nesse sentido, cf. ANDRADE, Bruno; FERNANDES, Bruno Diniz; CARLI, Caetano de. *O fim do escravismo e o escravo sem fim – colonialidade, direito e emancipação social no Brasil*. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 16, n. 10, 2015, p. 567-568: “Às sustentações do escravismo no direito oitocentista brasileiro partem da premissa, na constituição de 1824, do direito à propriedade. Mesmo considerando o cativo uma propriedade, o sistema jurídico teve que se debruçar, principalmente em escala local, com uma série de fatores particulares que representavam a instituição de direitos reduzidos aos cativos. A inclusão de pequenos mecanismos, tendo em vista regular a relação senhor e escravo sob um regime mínimo de humanidade, partia do medo de uma haitinização do regime escravocrata brasileiro. [...] A escravidão não era institucionalizada diretamente na carta constitucional brasileira, mas sim indiretamente, através do direito à propriedade”.

Ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, o caminho até a abolição completa da escravatura teve decisiva influência externa, capitaneada pela proibição ao tráfico negreiro pela Inglaterra, somada aos movimentos abolicionistas nacionais influenciados pelos ideais republicanos que vinham da Europa.

A primeira lei que pretendeu combater o tráfico de escravos no país data de 1831, mas como mesmo em sua vigência os escravos continuaram sendo trazidos ao Brasil, foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz, no ano de 1850, para dar fim à entrada de negros a serem escravizados no território brasileiro.

Outras duas leis se seguiram, como a Lei do Ventre Livre, de 1871, que previu a liberdade aos filhos de escravos nascidos após a data de promulgação da lei, além de possibilitar a aquisição da própria liberdade pelo cativo mediante o pagamento de uma soma em dinheiro e de estabelecer a obrigatoriedade de que o proprietário efetuasse a matrícula do escravo¹⁷. Posteriormente, veio a lume a Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, de 1885, que libertou os escravos maiores de sessenta anos de idade.

Referidas leis consistiram no paulatino resultado de lutas dos escravos e libertos pela obtenção de alforria ao maior número possível de escravizados. Como bem ressaltou Eduardo Spiller PENA:

Ao lado das reações mais violentas, toda uma rede de atitudes e estratégias de negociação, que abarcou até o âmbito público da segurança e da lei imperiais, foi tecida pelos escravos na defesa do que consideravam ser os seus direitos. Dessa maneira, além dos assassinatos, os roubos, a organização dos quilombos, o cultivo das roças autônomas, o tempo livre para a caça e a pesca, as “fugas reivindicatórias” (para as igrejas, no período colonial, e para as delegacias de polícia, a partir de meados do século XIX), os processos jurídicos em defesa da liberdade e outras evidências vêm sendo sistematicamente levantados e analisados

17 Ver SÁ, Gabriela Barreto de. *História do Direito no Brasil, escravidão e arquivos judiciais: análise da ação de liberdade de Anacleta*. Justiça & História, v. 10, n. 19-20, p. 81-82.

pelos historiadores, mostrando ter havido um espaço de autonomia e ação por parte dos escravos e libertos na defesa de costumes e direitos alcançados, diante das exigências desmedidas ou da defesa intransigente do direito de propriedade por parte dos senhores.¹⁸

Por um lado, é fato que a aplicação de referidas leis encontrava na força do direito de domínio daqueles que dispenderam montantes pelos escravos um contraponto de grande relevância¹⁹. Contudo, é interessante ressaltar que, de outra parte, esse arcabouço legal acabou por se tornar fundamento para as chamadas ações civis de liberdade, intentadas pelos negros a fim de obter, judicialmente, sua libertação.



18 PENA, Eduardo Spiller, op. cit., p. 27.

19 Cf. CASTRO, Alexandre de; VASCONCELLOS JÚNIOR, Antonio. *Cidadania negra: entre o jurídico e o sociológico*. Educação em Revista, Marília, v. 11, n. 1, jan.-jun. 2010, p. 70-71: “Contudo, a campanha abolicionista não cessou com o fim do tráfico, continuando no plano interno. As propostas de erradicação da escravidão de uma só vez não prosperaram: a estratégia foi de uma abolição da escravidão que permitisse a viabilização de interesses dos senhores proprietários, [...] que o processo de emancipação fosse lentamente encaminhado. [...]” (MENDONÇA, 1999, p. 291).

Essa estratégia seguiu com a Lei do Ventre Livre, de setembro de 1871 [...]. Tal lei continha em si um problema a ser resolvido, com respeito a esses filhos livres. Quem cuidaria do recém-liberto, já que sua genitora continuava na condição de escrava? A solução foi colocar [...] As crianças [...] sob o domínio exclusivo dos senhores de suas mães e obrigadas a prestar-lhes serviços até aos 21 anos [...]” (MENDONÇA, 1999, p. 102).

Para a definitiva erradicação do trabalho servil e a conquista da liberdade, por parte dos escravos, ainda faltava remover o empecilho desse tipo de trabalho, que se agarrava a um argumento do direito romano. [...]

O projeto vencedor, transformado em lei em setembro de 1885, resolveu a querela da propriedade contida na Constituição, prevendo uma indenização ao [...] fazendeiro que quisesse substituir o trabalho escravo pelo livre [...]” (QUEIROZ, 1999, p. 71), ou obrigando os escravos com mais de sessenta anos a prestar serviços gratuitamente aos seus senhores, como forma de indenização de sua futura alforria, até completarem os sessenta e cinco anos.”.

Nas palavras de Gabriela Barreto de SÁ:

A vigência das Ordenações Filipinas e a ausência de legislação que regulasse a matéria de modo satisfatório possibilitavam as brechas legais que favoreciam as ações cíveis de liberdade. Vários foram os fundamentos jurídicos utilizados para respaldar tais ações. Dentre os tipos de ações mais recorrentes, destacamos as que apresentavam os seguintes fundamentos: tráfico ilegal; liberdade mediante pecúlio; fundo de emancipação; ausência de matrícula; manutenção da liberdade. Importante destacar que os referidos argumentos guardavam relação com as diversas leis referentes à escravidão, editadas no século XIX, mais notadamente a partir da década de cinquenta, com o crescimento do número de simpatizantes à causa abolicionista.²⁰

Em 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel assina a Lei Áurea, cujo artigo primeiro declara abolida a escravidão no Brasil, e o artigo segundo revoga as disposições em sentido contrário. A singeleza de referidas disposições encerra formalmente o ciclo da negação de dignidade aos negros escravizados no país, mas não teve o condão de extinguir as condições que dificultariam o exercício da cidadania plena aos agora ex-escravos.

Se, de uma parte, ao contrário do que aparentemente ocorreu nos Estados Unidos, o Estado brasileiro jamais editou leis institucionalizando um tratamento sectário aos negros e mulatos, por outro lado, o preconceito racial levou à segregação social dos ex-escravos.

Com a Proclamação da República no ano seguinte, a Constituição de 1891, ao abolir o voto censitário, conferiu aos negros o *status* formal de cidadania, juntamente com todos os demais brasileiros, mas vedava o direito de voto – e, portanto, de participação política, dadas as condições da época – à grande maioria da população, incluindo os recém-libertos, já que o alistamento eleitoral era proibido aos analfabetos²¹, condição na qual

20 SÁ, Gabriela Barreto de, op. cit., p. 80.

21 Circunstância essa somente modificada pela Emenda Constitucional n. 25, de 15 de

viviam quase todos aqueles libertados pela Lei Áurea.

No entanto, uma vez libertos e seus descendentes já nascendo livres dentro da República, a população negra brasileira também se organizou de modo a formar um movimento, o qual, nas palavras do historiador Petrônio José DOMINGUES, “vem empreendendo, dinamicamente, diversas estratégias de luta a favor da população negra”²².

O mesmo autor define o movimento negro como “a luta dos negros na perspectiva de resolver seus problemas na sociedade abrangente, em particular os provenientes dos preconceitos e das discriminações raciais, que os marginalizam no mercado de trabalho, no sistema educacional, político, social e cultural”²³. Identifica, nesse íterim, três distintos momentos do movimento negro brasileiro.

Uma primeira fase se verifica no período entre a abolição da escravidão e o começo do Estado Novo de Getúlio Vargas, iniciando-se timidamente com a formação de grêmios culturais e artísticos e com o surgimento dos primeiros jornais voltados ao público negro²⁴, e iniciando a busca por influência política por meio da Frente Negra Brasileira – FNB, fundada em 1931 na cidade de São Paulo. Essa primeira fase se inseria num paradigma de crença na existência de uma *democracia racial*, na qual negros e brancos conviveriam de forma pacífica, em uma miscigenação sem reflexos do racismo observado em outras sociedades políticas. Como consequência,

[...] o movimento social negro brasileiro, nessa primeira fase, teria como principal característica a busca pela inclusão do negro na sociedade, com um caráter “assimilacionista”, sem a busca pela transformação da ordem social; outra

maio de 1985, que possibilitou o voto, em caráter facultativo, aos analfabetos.

22 DOMINGUES, Petrônio José. *Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos*. Revista Tempo, Universidade Federal Fluminense, v. 23, 2007, p. 101.

23 Idem.

24 Ibidem, p. 103-105.

característica era a existência de um nacionalismo declarado pela Frente Negra Brasileira e por outras organizações da época.²⁵

Com um viés distinto daquele que chegava a assemelhar-se às propostas mais próximas aos integralistas em termos de visão da sociedade, após a repressão política do Estado Novo, inicia-se uma segunda fase do movimento negro no Brasil, no seio da redemocratização, representada principalmente pela União dos Homens de Cor, em Porto Alegre, e pela criação do Teatro Experimental do Negro, no Rio de Janeiro, responsável este último grupo pela realização das Convenções Nacionais do Negro e do I Congresso do Negro Brasileiro, com grande influência dos movimentos descolonialistas africanos e das lutas travadas nos Estados Unidos.²⁶

No ensejo da ditadura militar de 1964, inicia-se a terceira fase do movimento negro no país, descrita por Petrônio José Domingues no seguinte sentido:

A reorganização política da pugna anti-racista apenas aconteceu no final da década de 1970, no bojo do ascenso dos movimentos populares, sindical e estudantil. Isso não significa que – no interregno de recrudescimento da ditadura – os negros não tenham realizado algumas ações. [...]. Entretanto, tais iniciativas, além de fragmentadas, não tinham um sentido político de enfrentamento com o regime. Só em 1978, com a fundação do Movimento Negro Unificado (MNU), tem-se a volta à cena política do país do movimento negro organizado. Mas, afinal, como ocorreu esse processo?

25 PEREIRA, Amílcar Araújo. *A Lei 10.639/03 e o movimento negro: aspectos da luta pela “reavaliação do papel do negro na história do Brasil”*. Cadernos de História, Belo Horizonte, v. 12, n. 17, 2011, p. 31.

26 Cf. Idem, p. 35: “Da mesma forma que na fase anterior, como podemos perceber nos trechos citados acima, a inclusão da população negra na sociedade brasileira, tal como ela se apresentava, continuava sendo uma característica importante do movimento. Mas, por outro lado, a valorização de experiências vindas do exterior, principalmente da África e dos Estados Unidos, aparece com frequência em fontes das décadas de 1940 e 1950”.

No plano externo, o protesto negro contemporâneo se inspirou de um lado, na luta a favor dos direitos civis dos negros estadunidenses, [...] e, de outro, nos movimentos de libertação dos países africanos, sobretudo de língua portuguesa, como Guiné Bissau, Moçambique e Angola. Tais influências externas contribuíram para o Movimento Negro Unificado ter assumido um discurso radicalizado contra a discriminação racial.”²⁷

De acordo com Petrônio Domingues, essa fase do movimento negro defende que somente dentro de uma sociedade mais igualitária seria possível combater o racismo e a pobreza. Nesse sentido, o MNU atuou em diversas frentes, tais como a revisão dos parâmetros de educação, pela inclusão de conteúdos relacionados à história da África e ao combate à discriminação; pela inclusão do dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra; pelo abandono da ideia de assimilação do negro na sociedade branca, lutando, ao revés, pelo reconhecimento de uma identidade étnica negra.²⁸

A evolução de todos esses movimentos revela a importância do questionamento do mito da democracia racial no Brasil, e essa nova abordagem da temática acabou por influenciar a elaboração do texto constitucional vigente.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA PERSPECTIVA

A Constituição da República, promulgada a 5 de outubro de 1988, denominada por Ulisses Guimarães como “Constituição cidadã”, efetivamente, não ignora a existência de discriminação racial no território brasileiro, propondo à sociedade política brasileira seu enfrentamento e eliminação.

27 DOMINGUES, Petrônio, op. cit., p. 112.

28 Ibidem, p. 112-116.

De fato, desde 1969, encontra-se em vigor no Brasil a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Organização das Nações Unidas no ano anterior, cujo artigo 1º assim dispõe²⁹:

Artigo 1º

§1. Para fins da presente Convenção, a expressão «discriminação racial» significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Se, por um lado, desde 1969 o Brasil assumia perante a Comunidade Internacional um compromisso de luta permanente contra a discriminação racial e, de consequência, contra a negação dos direitos inerentes à cidadania a qualquer cidadão, por motivo relacionado à sua raça, de outra parte tratava-se do alto da repressão política no país, a dificultar sobremaneira as reivindicações de direitos por parte de toda a população.

Com a redemocratização, e a elevação do combate ao preconceito e à discriminação racial como objetivo fundamental da República (art. 3º, inciso IV), além do posicionamento da imprescritibilidade do crime de racismo no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, em seu inciso XLII, é possível atribuir ao texto constitucional uma perspectiva de direitos de cidadania aos negros, mais do que a quaisquer das Cartas anteriores.

Ademais, as manifestações culturais afro-brasileiras foram expressamente protegidas pelo Estado brasileiro, nos termos do artigo 215, §1º,

29 Ressalte-se que apenas por meio do Decreto Legislativo 57, de 26 de abril de 2002, o Brasil reconheceu a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos assegurados pela Convenção, declaração esta promulgada pelo Decreto 4.738, de 12 de junho de 2003.

e suas formas de expressão e modos de criar, fazer e viver, recebem a tutela de patrimônio cultural brasileiro, conforme disposto no artigo 216, incisos I e II da Constituição. Ainda, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias confere a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos, um reconhecimento da importância dessa coletividade à formação do povo brasileiro.

No bojo desses 30 anos de vigência da Constituição da República, é fato que diversas foram as leis que se propuseram a encaminhar o processo de gozo pleno dos direitos de cidadania pelos negros e pardos brasileiros, tais como: Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor; Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que determina a inclusão no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”; Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, que disciplina o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas de que trata o artigo 68 do ADCT; Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei 12.288, de 20 de julho de 2010; Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que regulamenta o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio; e, a Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, que dispõe sobre a reserva aos negros de vagas ofertadas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública federal, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a debater a constitucionalidade de alguns desses diplomas legais, tendo assentado em suas decisões a compatibilidade das medidas ao texto da Constituição. Foi o caso das Leis 12.711/2012 e 12.990/2014, restando assentada a ausência de mácula às políticas afirmativas de acesso ao ensino superior federal e aos cargos públicos, como se depreende das seguintes ementas:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII –

Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É constitucional a Lei n. 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua triplíce dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante

a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

Registre-se, ainda, a recente decisão da Corte, prolatada em 08 de fevereiro de 2018, que declarou a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento de identificação e titulação de terras ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239, cujo acórdão ainda não foi publicado, sendo redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber.

Evidentemente, nem a enunciação de direitos formulada no texto constitucional, nem os reforços operados pelas leis e decretos regulamentadores e decisões judiciais, mostram-se suficientes para a extirpação do racismo presente na sociedade brasileira, bem como para a erradicação dos males daí decorrentes, tais como a marginalização e os preocupantes índices de desenvolvimento humano da população negra em nosso país.

No ano de 2016, a relatora sobre Direitos de Minorias da ONU apresentou ao Conselho de Direitos Humanos um relatório acerca da

situação brasileira no tema, e as conclusões obtidas no que concerne ao retrato dos negros e pardos no Brasil mostra o tamanho do desafio que ainda aguarda solução:

89. However with regard to Afro-Brazilians, despite more than two decades of targeted policies and actions designed to advance their rights, there has been a failure to address the entrenched discrimination, exclusion, and poverty faced by these communities, particularly those living in favelas, periferias, and Quilombos, as well as other traditional communities. The statistical data reveals the disproportionate poverty and poor social and economic conditions experienced by many Afro-Brazilians. In key areas such as education, employment, health care and housing, Afro-Brazilians remain at the bottom of the socioeconomic ladder.

90. Racism and structural discrimination have a significant impact on the lives and opportunities available to Afro-Brazilians. They are a cause of marginalization and poverty and are directly linked to vulnerability and violence. While Brazilian society faces extraordinarily high levels of violence, regrettably this violence also has a clear racial dimension. Of further concern is that many deaths are perpetrated by arms of the State, including the military police, often with complete impunity.

91. In this connection, the Special Rapporteur also remains concerned about the increasing criminalization of Afro-Brazilians, as evidenced by their disproportionately high incarceration rates. This has been compounded by the “war on drugs”, which has led to a sharp rise in the incarceration of Afro-Brazilians, and the mainstream media, which present stereotypical images of Afro-Brazilians, often in connection with crime.

92. Significant efforts are also needed to ensure that Quilombo communities are able to have their lands demarcated, in accordance with the constitution. Furthermore, there is an apparent lack of full harmonization of the Government’s priorities for economic development with its commitments to the rights of Quilombo communities as well as other traditional peoples. This problem is manifested by the absence of adequate prior consultation and lack of implementation of the principle of free prior and informed consent in the planning and execution of major development projects such as dams, infrastructure projects, agribusiness crop production and natural resource extraction activities on the lands of these traditional communities.

93. With regard to religious minorities, Brazil remains a diverse society with a high degree of religious tolerance. One exception, however, are the reports of growing numbers of attacks against religious communities of African origin, such as Candomblé and Umbanda. Incidents include the burning of temples, the

desecration of Afro-religious symbols, and discrimination against peoples wearing traditional Afro-religious dress, including children in schools. Further efforts are needed to combat this phenomenon, and to ensure that Afro-religions are recognized and respected.³⁰

O ordenamento constitucional que emerge após 1988 aponta caminhos e soluções às questões que a demanda por igualdade apresenta. No entanto, o campo de tensões e reconfigurações que permeia a concretização dos ditames da Constituição permanece aberto, e esse papel de viés emancipatório introduzido pela Carta Magna também se apresenta em constante construção; são palavras de Dora Lúcia de Lima BERTÚLIO:

Os estudos sobre os novos direitos que especificam as diversas condições humanas para além dos direitos civis, sociais e políticos, estão propostos nessa nova apreensão – quais direitos devem ser buscados e explicitados dentro daquela generalidade para, apreendidos, somarem-se ao seu conjunto. O exercício é o de desmembrar para incluir, como condição necessária à adequada constituição humana, os direitos raciais.³¹

Passados já 130 anos da promulgação da Lei Áurea, entre avanços e retrocessos, o porvir ainda remanesce repleto de reptos em busca da democracia racial, especialmente se se trata a *justiça dos homens* como *justiça restaurativa*³².

30 ONU. *Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/35/PDF/G1602135.pdf?OpenElement>> Acesso em: 24 mar. 2017.

31 BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *O “novo” Direito velho: racismo e Direito*. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

32 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; WYKROTA, Leonardo Martins. *Nos corredores do direito*. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v.1. Belo

5. NOTA DE FECHO

Nesta breve narrativa não se propôs nota de definitividade, nem testemunho ou confluência de parcialidade; o desígnio foi o de apresentar o longo caminhar em busca da efetivação de uma cidadania plena, por meio da igualdade racial. A despeito da abolição da escravatura, precedida por leis que intentaram diminuir o número de escravos no país, bem como de uma Constituição de feição progressista, somada a diversas leis e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, perdura o desafio de promoção de uma cidadania plena.

A ausência de políticas públicas e de leis protetivas aos direitos dos recém-libertos, já desde o final do período imperial, consistiu em embaraço à superação entre a pobreza e a miserabilidade. A melhora das condições econômicas e sociais também não teve o condão de debelar os dilemas que o racismo produziu, ao estabelecer dentro do imaginário social um lugar para o negro, a obstaculizar o pleno gozo dos direitos de cidadania fixados em nossas Cartas ao longo desses cento e trinta anos.

Retomando a conceituação de cidadania exposta no introito a este trabalho, ao se conjugar as dimensões da liberdade negativa e da liberdade positiva – na proposta de Isaiah Berlin –, esta breve incursão sobre a questão da cidadania do negro no período pós-escravidão intentou demonstrar que, mesmo dentro de sociedades democráticas, a fruição por completo dos direitos fundamentais e daqueles relativos à participação política não se concretizou de imediato, tão somente com a transposição dessa população à condição de livres no território brasileiro.

Verificou-se, ainda, que a luta pela igualdade assumiu papel primordial a possibilitar a equiparação real de direitos entre brancos e negros e que, ainda que o Direito em nosso país não tenha se proposto

Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 49.

explicitamente a fomentar a segregação entre distintas raças e etnias, como na experiência norte-americana, tanto lá como aqui, o preconceito dificultou a aplicação de leis e políticas públicas voltadas à redução das desigualdades de fundo racial.

Revela-se, porém, esse paradoxo aparente entre a essencialidade e a insuficiência do Direito na concretização dos ideais de cidadania plena a todos, e sobreleva de importância ao se constatar que, se o arcabouço jurídico não trouxe o fim das questões acima colocadas, de outra parte a ausência desses mecanismos de sindicabilidade de direitos é o que sinaliza, dentro de uma sociedade democrática, a possibilidade de inclusão dos direitos raciais dentro do debate aberto que caracteriza as sociedades plurais.

Ao contemplarmos a trajetória dos negros e pardos, de cativos a cidadãos, as garantias fundamentais obtidas em mais de dois séculos permitem apontar um caminho que, embora longe de representar o ponto final, servem de apoio no aplacar do borrão sonhado por Castro Alves. Aqui, expungir nódoas não é desvanecer pechas ou cicatrizes, pois memória se verte, acima de tudo, em responsabilidade, sob os limites e as possibilidades contidas no espaço normativo de sociedade juridicamente organizada nas balizas constitucionais da democracia.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Bruno; FERNANDES, Bruno Diniz; DE CARLI, Caetano. O fim do escravismo e o escravismo sem fim – colonialidade, direito e emancipação social no Brasil / The end of slavery and endless slavery. Coloniality, law and social emancipation in abolitionist Brazil. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 551-597, mar. 2015. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15415>>. Acesso em: 31 jan. 2018. doi:<https://doi.org/10.12957/dep.2015.15415>.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 89,

2013, p. 103-137. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000200005>.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: *Four essays on liberty*. London: Oxford Paperbacks, 1969.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. O “novo” Direito velho: racismo e Direito. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127-163.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 22.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CASTRO, Alexandre de; VASCONCELLOS JÚNIOR, Antonio. Cidadania negra: entre o jurídico e o sociológico. *Educação em Revista*, Marília, v. 11, n. 1, jan.-jun. 2010, p. 65-76.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, Niterói, v. 12, n. 23, p. 100-122, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042007000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>.

MALTZ, Earl. *Brown v. Board of Education* and Originalism. In: GEORGE, Robert P. (ed.). *Great cases in Constitutional Law*. Princeton University Press: Princeton, 1997.

ONU. *Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/35/PDF/G1602135.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial: jurisconsultos, escravidão e a lei de 1871*. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

PEREIRA, Amílcar Araújo. A Lei 10.639/03 e o movimento negro: aspectos da luta pela “reavaliação do papel do negro na história do Brasil” – DOI: 10.5752/P.2237-8871.2011v12n17p25. *Cadernos de História*, Belo Horizonte, v. 12, n. 17, p. 25-45, out. 2011. ISSN 2237-8871. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/cadernoshistoria/article/view/P.2237-8871.2011v12n17p25>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

SÁ, Gabriela Barreto de. História do Direito no Brasil, escravidão e arquivos judiciais: análise da ação de liberdade de Anacleto. *Justiça & História*, v. 10, n. 19-20, p. 77-96, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, 212 p.

SUNSTEIN, Cass R. *Dred Scott v. Sandford* and its legacy. In: GEORGE, Robert P. (ed). *Great cases in Constitutional Law*. Princeton University Press: Princeton, 1997.