

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direitos humanos, democracia, e justiça social: : uma homenagem à professora Eunice Prudente : da militância à academia / organização Denise Auad , Bruno Batista da Costa de Oliveira. - 1. ed. - São Paulo : Letras Jurídicas, 2017.
656 p. : il. ; 23 cm.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-8248-105-9

1. Direitos humanos. 2. Democracia. 3. Justiça social. I. Auad, Denise. II. Oliveira, Bruno Batista da Costa de.

16-37280

CDU: 342.7

21/10/2016 27/10/2016

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL:

Uma homenagem à
Professora Eunice Prudente –
Da militância à academia

Denise Auad e Bruno Batista da Costa de Oliveira
(Organizadores)

1ª edição
São Paulo, 2017

 LETRAS
Jurídicas

Teoria do Estado Brasileiro: o povo como elemento político do Estado e o abolicionismo

Maria Paula Dallari Bucci¹
Rodrigo Pires da Cunha Boldrini²

Índice

1. A Teoria do Estado Brasileiro e seu objeto. 2. A escravidão na constituição do elemento povo. 3. Luta por igualdade racial e manifestação atual do abolicionismo.

1. A Teoria do Estado Brasileiro e seu objeto

O século XIX foi marcante para a formação das instituições políticas brasileiras. Muitas das características traçadas naquela época persistem no Estado brasileiro atual. Tendo como objeto o Estado no Brasil do século XIX e com o propósito de estudar essas características, foi criada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a disciplina Teoria do Estado Brasileiro

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da USP, Departamento de Direito do Estado.

² Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.

(TEB), desdobrada em duas: TEB I, para o período monárquico, compreendido entre 1808 e 1891, da chegada da Família Real ao Brasil até a promulgação da Constituição de 1891; e TEB II, para o período republicano até a promulgação da Constituição de 1988.

O objeto da Teoria do Estado Brasileiro (TEB) são os elementos da formação e desenvolvimento do Estado brasileiro, com especial atenção para as conexões entre as dimensões políticas e jurídicas desse processo. A TEB realiza a aplicação das categorias da Teoria Geral do Estado ao contexto brasileiro. E com isso possibilita conhecer e descrever, de modo sistemático, os principais problemas de nossas instituições políticas e nosso direito público, compreendendo suas limitações e debatendo formas para sua atualização e aperfeiçoamento.

Georg Jellinek, um dos fundadores da Teoria Geral do Estado, já admitia a possibilidade de uma *teoria particular* do Estado em harmonia com sua *teoria geral*. No final do século XIX, início do XX, desenvolveu-se na Alemanha a doutrina que tem por objeto o Estado em geral. Busca estudar as categorias básicas que se aplicam a todos os Estados. Admite, porém, como objeto de estudo também as peculiaridades existentes em cada Estado em particular. "*A teoria geral se completa com a teoria particular do Estado*"³.

Originalmente, em Jellinek, a proposta da *teoria geral* visava identificar o princípio fundamental do Estado e também submeter ao escrutínio científico os fenômenos gerais do Estado. Já sua *teoria particular especial* buscava o estudo comparativo entre as instituições concretas de cada Estado, enquanto sua *teoria particular individual* correspondia à doutrina das instituições de um Estado específico. No nosso caso, a Teoria do Estado Brasileiro apresenta-se predominantemente, como uma *teoria particular individual* do Estado brasileiro, complementar à Teoria Geral do Estado e com ela harmônica, compartilhando da mesma noção e método, porém com objeto particularizado e individualizado.

³ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado, p. 60.

No Brasil, são antigas as reflexões a respeito daquilo que é agora objeto da Teoria do Estado Brasileiro. Um dos exemplos é o Visconde de Cairu, José da Silva Lisboa, que publicou obras defendendo o livre comércio e a industrialização do Brasil. Também pode ser citado nosso "pai fundador", José Bonifácio de Andrada e Silva, cientista preocupado em formular projetos para o Brasil nascente. Por exemplo, ao sustentar a ideologia da unidade homogênea, Bonifácio multiplicou a ideia de nacionalidade presente na Revolução Francesa e antecipou a de unidade nacional existente no *Risorgimento* italiano e na unificação alemã. Suas teses da abolição gradual da escravidão, com a emancipação dos escravos e integração indígena para a composição do "amalgama" nacional podem ser lidas sob a ótica da Teoria do Estado Brasileiro como visão sobre o *povo* como núcleo político do Estado que se formava.

Não vos iludais, senhores, a propriedade foi sancionada para bem de todos, e qual é o bem que tira o escravo de perder todos os seus direitos naturais, e se tornar de pessoa a coisa, na frase dos juriconsultos? Não é, pois o direito de propriedade que querem defender, é o direito da força, pois que o homem, não podendo ser coisa, não pode ser objeto de propriedade. Se a lei deve defender a propriedade, muito mais deve defender a liberdade pessoal dos homens, que não pode ser propriedade de ninguém, sem atacar os direitos da providência, que fez os homens livres, e não escravos; sem atacar a ordem moral das sociedades, que é a execução estrita de todos os deveres prescritos pela natureza, pela religião, e pela sã política: ora, a execução de todas estas obrigações é o que constitui a virtude; e toda legislação, e todo governo (qualquer que seja a sua forma) que a não tiver por base é como a estátua de Nabucodonosor, que uma pedra desprendida da montanha a derribou pelos pés; é um edifício fundado em areia solta, que a mais pequena borrasca abate e desmonta.⁴

A manutenção da unidade do *território* foi uma das características do Império, numa sociedade tão repleta de clivagens, divisões, entre Norte e Sul, entre brasileiros e portugueses, entre comerciantes e produtores agrários. A unidade foi mantida, primeiro, pela centralização na figura do Imperador.

⁴ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a Escravatura*, pp. 60-61.

Tanto D. Pedro I quanto D. Pedro II centralizaram o exercício do poder, sufocando ou desestimulando separatismos, às vezes por meio da política de concessão dos títulos de nobreza, às vezes utilizando a força. No interstício entre Primeiro e Segundo Reinados, ausente a figura de um imperador, durante bom período da Regência, manteve-se a unidade territorial por meio da descentralização, ensaio incompleto do *federalismo* que viria com a república; a respeito do que debateram, inicialmente, Diogo Antônio Feijó e Bernardo Pereira de Vasconcelos e, posteriormente, já nas décadas de 1860 e 1870, Aureliano Cândido Tavares Bastos e Visconde do Uruguai.

Sobre a importância do povo enquanto elemento político legitimador necessário da nova ordem que se formara com a Independência, oportuna a leitura de Frei Caneca, um dos mentores da Revolução Pernambucana de 1817 e mártir da Confederação do Equador em 1824. Em seus escritos é clara a influência de Rousseau e, explicitamente, o tema da titularidade da soberania. Entendia que a Constituição brasileira era a “ata do pacto social”, não o instrumento de uma Restauração monárquica à brasileira; pelo que se opôs ao constitucionalismo outorgado por D. Pedro I.

Temática semelhante, porém com posicionamento oposto, esteve em José Antônio Pimenta Bueno, ao defender que a *soberania* “secundária” residia no Imperador. Instruiu, assim, nossa *separação dos Poderes*, mais inspirada em Benjamin Constant e na Constituição francesa de 1814, que propriamente em Montesquieu. A visão clássica de tripartição dos Poderes só se institucionalizaria em 1891 com Ruy Barbosa, inspirado pelo modelo norte-americano. Durante o século XIX, o Brasil teve mesmo concentração de Poderes, cuja irresponsabilidade será criticada em 1862 por Zacarias de Góis e Vasconcellos. O maior Poder, o Moderador, a que se somava o Executivo, instrumentalizava-se pelo Conselho de Estado. O Senado vitalício era igualmente conservador e nomeado pelo Imperador. E a Câmara de Deputados era passível de dissolução, como exercício de império. E, principalmente após 1847, instituiu-se um verdadeiro “parlamentarismo às avessas”, cuja base de governo era determinada de cima para baixo, a partir da escolha do Presidente do Conselho de Ministros feita pelo Imperador.

São breves registros que ilustram a pertinência de uma reflexão peculiar sobre elementos e categorias tipicamente estudados pela Teoria Geral do Estado, de forma aplicada, na Teoria do Estado Brasileiro, considerando os elementos povo, território, soberania, centralização e descentralização e separação de Poderes. Tomando por base a filosofia política de Aristóteles, Maquiavel, Bodin, Hobbes, Rousseau, Montesquieu, Locke, entre outros, desenvolvida posteriormente, pelo ângulo jurídico, na obra de Gerber e Jellinek, da mesma maneira, a leitura dos “pais fundadores” do Brasil permite compreender a dinâmica própria do nosso Estado. Com a incorporação dessa nova disciplina ao currículo acadêmico, delimitando-se objetivamente seu método e objeto, permite-se melhor alcance dos propósitos de conhecimento do fenômeno estatal brasileiro e seu aperfeiçoamento institucional.

No Brasil, a Teoria Geral do Estado somente se incorporou ao currículo acadêmico na quarta década do século XX, por força do Decreto-lei n.º 2.639, de 27 de setembro de 1940. A partir da disciplina Direito Público e Constitucional, foram desdobradas a Teoria Geral do Estado, no primeiro ano de Curso, e o Direito Constitucional, no segundo ano. Até então a Teoria Geral do Estado era estudada no Brasil como Direito Constitucional⁵.

Uma referência expressa à Teoria Geral do Estado, embora ainda ensinada como capítulo do Direito Constitucional, está em Sampaio Dória, cuja 5ª edição de seu *Direito Constitucional* traz os dois primeiros tomos dedicados expressamente à Teoria Geral do Estado. Após Sampaio Dória, haverá no Brasil a divisão, feita pela ditadura Vargas, entre Teoria Geral do Estado e Direito

⁵ Comprova essa afirmação a consulta à obra de Herculano de Freitas, editada no centenário de nascimento do autor, como compêndio das aulas de 1923. Uladislau Herculano de Freitas, terceiro ocupante da Cátedra de Direito Público e Constitucional, sucedeu a José Mariano Corrêa de Camargo Aranha e este sucedeu a Carlos Leônico da Silva Carvalho. Herculano de Freitas, nomeado pelo Decreto de 10 de fevereiro de 1902, exerceu a Cátedra até 1925, sendo, portanto, contemporâneo ao debate de criação e desenvolvimento da Teoria Geral do Estado que ocorria na Europa da época. Tratou do mesmo objeto estudado na época por Jellinek, alocando-o, entretanto, como Capítulo II do trabalho *Direito Constitucional*, sem referência expressa a uma Teoria Geral do Estado (FREITAS, Herculano de. *Direito Constitucional*, p. 13-23).

Constitucional. Em São Paulo, assume a cátedra José Carlos de Ataliba Nogueira, autor de *O Estado é meio e não fim* (1ª edição, 1940) e *Lições de Teoria Geral do Estado*, trabalho resultante de compilação das aulas, de 1969. Em 1974, a titularidade em Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo é vencida por Dalmo de Abreu Dallari, com a tese *O futuro do Estado*. A partir de 2003, assume a titularidade Enrique Ricardo Lewandowski, com a tese *Globalização, Regionalização e Soberania*.

2. A escravidão na constituição do elemento povo

A formação das instituições políticas brasileiras no século XIX foi profundamente influenciada pela escravidão. Ao lado da escravidão, a apropriação concentrada do solo mostrou-se como outro dos grandes problemas que repercutiram na caracterização do nosso Estado. A política de terras era o latifúndio; a de mão-de-obra, a escravidão. Grandes propriedades movidas pelo trabalho escravo formavam a base da economia brasileira; e nossas instituições constituíram-se como instrumentos de manutenção e reprodução desse cenário.

Povo é o elemento pessoal para constituição do Estado sem o que não existirá o próprio Estado. A primeira distinção a ser feita é entre povo e população. Isso porque *população* é a “mera expressão numérica, demográfica, ou econômica”, e abrange “o conjunto das pessoas que vivem no território de um Estado ou mesmo que se acham nele temporariamente”⁶. Assim, população não é sinônimo de povo, pois para haver povo, no sentido político, é preciso que exista uma vinculação jurídica especial entre o conjunto populacional e o Estado. Compõem a população todas as pessoas presentes no território do Estado em dado momento, enquanto ali estiverem, como, por exemplo, os estrangeiros que, embora juridicamente protegidos como seres humanos, não possuem um vínculo jurídico permanente com esse Estado pelo qual transitam. O povo,

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 100.

ao contrário, caracteriza-se por manter um vínculo jurídico permanente com seu Estado. Mais do que isso, o povo é o núcleo do sentido político do Estado.

Também não é correto o uso da expressão *nação* com o sentido de povo. *Nação* entende-se como “uma comunhão formada por laços históricos e culturais e assentada sobre um sistema de relações de ordem objetiva”, uma comunidade baseada em

certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, tendo um conceito idêntico de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos⁷.

Na história, a identificação da nação como povo prestigiou a ideologia da unidade homogênea. A figura da nação foi adotada como forma de idealização do povo como todo uniforme já na Revolução Francesa, quando se falava em “governo da nação” e “soberania nacional”. A mesma ideia também sustentou a edificação do Estado italiano e a construção do Estado alemão, no século XIX, em prol da unidade nacional, necessária à formação daqueles Estados. Afastar matizes de heterogeneidade era o pressuposto para construção da nacionalidade, uniforme, com vista a despertar no povo o sentimento de unidade de propósito público.

Uma primeira ideia de povo é aquela que considera não somente o vínculo cultural subjacente à ideia de nação, mas a vinculação jurídica permanente entre aquela comunidade e sua expressão político-institucional, o Estado:

o conjunto dos indivíduos que [...] se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano⁸.

A “vinculação jurídica permanente” acarreta, no plano jurídico, a titularidade de direitos e deveres; e, no plano político, a participação na formação

7 Ibid., p. 101.

8 Ibid., p. 104.

da vontade de Estado. Liga-se, portanto, à *cidadania*. Cidadãos são “*todos que participam da constituição do Estado*”; e cidadãos ativos são aqueles cidadãos que “*exercem certas atribuições que o próprio Estado reconhece como suas*”. Assim, a cidadania, em geral e mesmo passiva, confere a titularidade de direitos: “*o indivíduo, que no momento mesmo de seu nascimento atende aos requisitos fixados pelo Estado para considerar-se integrado nele, é, desde logo, cidadão*”. Já a cidadania ativa, atendidas certas condições objetivas, como idade, alistamento eleitoral, adiciona o direito-dever de participação política, “*direito de participar da formação da vontade do Estado e do exercício da soberania*”⁹.

As Constituições, ao disciplinarem o direito de nacionalidade, estão na verdade ordenando um direito de cidadania. Isso porque o vínculo jurídico permanente que une pessoa a Estado é dado, não pela nacionalidade, mas pela cidadania (ativa ou passiva). E é a cidadania que definirá quem é o povo, elemento pessoal daquele Estado. Do que se afirma, em síntese, que o povo é “*o conjunto dos cidadãos do Estado*”¹⁰.

São lições da Teoria Geral do Estado que, aplicadas à Teoria do Estado Brasileiro, permitem perguntar: no século XIX, quem era o povo brasileiro? O ponto é que o Brasil era composto por uma grande *população*, porém as pessoas escravizadas eram excluídas do *povo*, porque não eram *cidadãs*, já que não participavam da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano, sendo equiparadas a coisas ou à propriedade. Também, sendo o voto censitário, boa parcela da população, livre, mas expropriada, não fruía da cidadania ativa. É uma repercussão da escravidão na configuração do povo como elemento do Estado brasileiro. O próprio artigo 6º, I, da Constituição de 1824 impediu a cidadania dos escravos, vez que somente eram cidadãos brasileiros os “*ingênuos*” (filhos nascidos livres) e os libertos. Os escravos não eram, portanto, cidadãos, nem compunham nosso povo, no sentido político-institucional, embora constituissem o maior contingente da população brasileira.

9 Ibid., p. 104-105.

10 Ibid., p. 104.

José Bonifácio já cedo, em 1825, propôs a proibição ao tráfico de escravos. Também defendeu um processo de abolição da escravidão, a que chamou “*emancipação gradual dos cativos*”¹¹. Era uma forma de promover o “*amalgama*” dos “*metais*” tão heterogêneos da sociedade brasileira, favorecendo sua integração e fundação de uma nacionalidade homogênea. Acusou os efeitos prejudiciais da escravidão, dizendo que não era economicamente eficiente, gerava uma perda moral e arriscava a estabilidade das instituições e a unidade do país pela criação de inimigos internos.

Os efeitos apontados por Bonifácio foram, décadas depois, em 1883, identificados por Joaquim Nabuco como a “*obra da escravidão*”, a ser combatida com abolicionismo. A “*usura da escravidão*” dispensava qualquer tipo de indenização aos senhores, que já haviam recebido, por trabalho, muito além do preço do escravo, a quem era justo que devolvessem o excesso pago. Era uma das contradições percebidas por Nabuco: “*os altos juros cobrados sobre essa caução, que é o próprio devedor, fazem dessa especulação o mais vantajoso de todos os empregos de capital*”¹². O abolicionismo de Joaquim Nabuco foi conciliador, não revolucionário, a ser feito “*no Parlamento e não em fazendas ou quilombos do interior, nem nas ruas e praças das cidades*”¹³. A causa já estava vencida, porque já era abolicionista a ideologia majoritária no Brasil do final dos Oitocentos, mas precisava ser traduzida em prática. Não haveria abolição “*enquanto essa vitória não se [traduzisse] pela liberdade*”¹⁴.

O debate do abolicionismo estendeu-se durante todo século XIX. Tendo escoltado a Família Real em sua vinda ao Brasil em 1808, a Inglaterra desde 1810 já exigia o fim da escravidão. Seus interesses eram econômicos e comerciais, porque o trabalho assalariado no Brasil aumentaria aqui o mercado para consumo dos produtos ingleses. Entretanto, a legislação brasileira

11 SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a Escravatura*, p. 1-2.

12 NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*, p. 29.

13 Ibid., p. 18.

14 Ibid., p. 28.

somente veio a proibir o tráfico de escravos em 7 de novembro de 1831, sem eficácia, pois na prática esse continuava a existir. Cansada de esperar, a Inglaterra editou seu *Bill Aberdeen*, de 8 de agosto de 1845. O *Slave Trade Suppression Act* permitia aos ingleses apreenderem navios traficantes e julgarem seus comandantes, ainda que a “bandeira” fosse brasileira.

Foi editada a Lei Eusébio de Queiroz, Lei n.º 581, de 4 de setembro de 1850, que equiparava o tráfico à pirataria. Em 28 de setembro de 1871, veio a Lei do Ventre Livre, Lei n.º 2.040, que libertava os filhos de escravo nascidos após a lei. Na prática, estendia a sujeição da pessoa, pois os nascidos ficariam sob a “proteção” do senhor de escravos até 8 anos de idade, quando o dono teria opção de libertá-los mediante indenização ou fruir de seus serviços até 21 anos de idade. Já em 1885, editou-se a Lei n.º 3.270, de 28 de setembro, Lei dos Sexagenários e, por fim, a Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888, que legou ao abandono os ex-escravos, agora libertos.

A manutenção da escravidão por tanto tempo no Brasil e sua abolição tardia são explicadas pela guarida que o escravismo teve em nossas primeiras instituições. Até 1850, a terra era domínio da Coroa, que poderia concedê-la a quem lhe aprouvesse, como reconhecimento de prestígio político. Após, com a edição de Lei de Terras, Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850; a terra tornou-se mercadoria, vendida pelo Estado a quem tivesse dinheiro para comprá-la. Deliberadamente, a opção foi pela venda e compra por alto preço, sob a justificativa de que o maior poder aquisitivo revelaria o empreendedor mais capaz¹⁵.

De início, para ser proprietário era preciso ter prestígio político. Depois, a equação se inverteu: para ter prestígio político era preciso ser proprietário. O que não mudou foi a verdade de que, nos dois momentos, a propriedade da terra significava poder político. Antes de 1850, a propriedade era o efeito do poder; depois, tornou-se a causa.

Comparando-se a Lei de Terras brasileira e o *Homestead Act*, de 1862, legislação norteamericana a respeito das pequenas propriedades rurais, perce-

¹⁵ COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos*, p. 171.

be-se que os Estados Unidos fizeram uma opção diferente da nossa, favorecendo que a terra fosse lavrada em pequenas propriedades, acessíveis aos que desejassem trabalhá-las, também movidas pela mão-de-obra assalariada.

Está aí uma das origens da desigualdade social brasileira, representada pela concentração da propriedade agrária nas mãos da elite, tão difícil que foi (e que é) permitir acesso à terra a pessoas cujo único bem seja seu próprio trabalho. Também a restrição à propriedade rural esteve entre os motivos da nossa urbanização, que ocorreu, especialmente nas primeiras décadas do século XX, não pela demanda de mão-de-obra para indústria instalada nas cidades, mas sim pela expulsão das populações rurais expropriadas, do campo à urbe. A mesma filosofia privatista e individualista na disciplina da propriedade reproduziu-se no nosso Código Civil de 1916.

A previsão de José Bonifácio cumpriu-se na constatação de Joaquim Nabuco; e a escravidão repercutiu profundamente na formação do Estado brasileiro. Foi uma das causas de nossa histórica desigualdade social, que permanece como desafio de inclusão social na atualidade, na realização do artigo 6º da Constituição de 1988. A desvalorização do trabalho humano, combatida pelo artigo 170 também da Constituição de 1988, tem raízes no desprestígio ao trabalho braçal, que era atribuição de escravo, não de cidadão. Está aí também a origem da ineficiência do menor trabalho em maior tempo, que em muito afeta a lógica do serviço público brasileiro, a ser corrigida pelo artigo 37. São rápidos exemplos de como a escravidão influenciou na formação de nossa cidadania.

3. Luta por igualdade racial e manifestação atual do abolicionismo

“No pensamento do século XVIII encontram-se as origens teóricas do abolicionismo”¹⁶. Há, portanto, uma paridade de propósitos entre o constitucionalismo no mundo e o abolicionismo no Brasil. O abolicionismo representou

¹⁶ COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*, p. 14.

no Brasil, em parte, aquilo que o constitucionalismo significou no mundo. O constitucionalismo foi a luta contra o absolutismo, pela limitação jurídica e constitucional ao exercício do poder político e econômico, iniciada no século XIII, consolidada nos séculos XVII e XVIII, ampliada nos séculos XIX e XX e renovada no século XXI, com o neoconstitucionalismo. Na realidade brasileira, o abolicionismo contra a escravidão foi a defesa iniciada no século XIX e que, de certa forma, continua a ser uma luta contra a obra da escravidão no século XXI. E o reparo à obra da escravidão, aos efeitos da escravidão no Brasil atual, é uma das versões brasileiras contemporâneas desse embate, manifestado pela luta por igualdade racial e social.

O estudo da obra de Eunice Aparecida de Jesus Prudente, demonstrativa de seu pensamento e de sua luta, enquanto jurista, por igualdade racial no Brasil, delimitou-se nesta pesquisa a três trabalhos, aqueles que mais diretamente se relacionam ao objeto deste artigo, qual seja, o abolicionismo como eixo explicativo da evolução do Estado Brasileiro no período imperial, tema da disciplina Teoria do Estado Brasileiro I.

Primeiramente, trata-se da dissertação de mestrado, *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*, defendida em 1980 na Universidade de São Paulo, sob orientação de Dalmo de Abreu Dallari. A seguir, do artigo intitulado *O negro na ordem jurídica brasileira*, escrito em 1988, mesmo ano em que era promulgada nossa Constituição Federal. E, por fim, vem o texto *Em busca das raízes das nossas desigualdades sociais*, de 2005.

Na dissertação de 1980, a autora realiza uma sistematização a respeito da problemática do negro brasileiro. A crença disseminada na inferioridade racial dos povos não brancos e a expansão mercantilista foram causas da nossa escravidão. No Brasil, a escala socioeconômica corresponde a uma escala racial; ou seja, a pirâmide social seria racial. Apesar da igualdade jurídica assegurada a todos, o negro permanece nas classes pobres e carentes. A educação formal reproduz estereótipos negativos relacionados ao negro brasileiro. As teorias racistas europeias foram acolhidas por muitos intelectuais e legisladores brasileiros, cujo resultado foi um Direito omissivo na questão racial. A

respeito do Direito brasileiro a autora propõe que, no passado, nossa ordem jurídica garantia a propriedade escravocrata e, depois, até a época da dissertação, punia brandamente a discriminação racial (crítica à Lei Afonso Arinos, n.º 1.390/51).

Na Colônia e no Império, o escravo não possuía cidadania, sendo tratado como coisa. A vida resumia-se ao trabalho forçado, bem como a um sistema de violência com vistas a anular a resistência e a própria personalidade, física e moralmente. A alternativa era a fuga a quilombos, tema tratado pela autora no estudo da República dos Palmares.

Os próprios movimentos nativistas, insurgentes contra Portugal, estavam longe da unanimidade abolicionista, ponto de divergência. Os revoltosos eram senhores de escravos, ao mesmo tempo em que a maioria da população brasileira compunha-se de escravos. Foi assim com a Inconfidência Mineira de 1792, com a Revolução Pernambucana de 1817, até mesmo com a Confederação do Equador de 1824. Nenhum desses movimentos sustentou a causa abolicionista. A autora registra como exceção a Conjuração de 1798 na Bahia, que propunha igualdade racial e fim da escravidão.

A escravatura foi um compromisso conservador de um liberalismo à brasileira, cuja base estava, sim, na propriedade privada. Era a dicção do artigo 179 da Constituição de 1824. Porém, à moda liberal, como “o mais absoluto dos direitos”, proteger a propriedade significou perpetuar a escravidão no Brasil, apropriadas que foram pessoas como coisas. “Durante séculos, o direito considerou o elemento negro como objeto, protegendo o direito de propriedade sobre ele”¹⁷. A autora demonstra como a problemática da escravidão foi o ponto de divergência entre os liberais brasileiros. Um paradoxo, pois eram criadas leis que ao mesmo tempo “suavizavam” a escravidão, mas permitiam aos escravocratas manterem suas posições. No Brasil, “[a]s ideias liberais tinham como limite o próprio sistema escravocrata”¹⁸.

17 PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*, p. 17.

18 *Ibid.*, p. 34.

Na segunda metade do século XIX, ficou clara mais uma contradição da escravidão, pois a condição de soldado era incompatível com a de escravo. Antes já haviam sido criados contingentes militares negros para defesa dos interesses portugueses, como na guerra contra os holandeses. Também na defesa dos interesses monárquicos, como na Guerra do Rio da Prata. Porém, é com a Guerra do Paraguai que o escravismo no Brasil se desarticula. A diferença foi que o Exército se institucionalizou como força de propagação do positivismo, cujo resultado foi a abolição formal da escravidão e a queda da Monarquia. Até então, a Constituição de 1824 negava cidadania aos escravos, mas obrigava a que todo brasileiro pegasse em armas para defender o país, dever típico da cidadania. O recrutamento militar de escravos era, portanto, incompatível com a manutenção de tal estado de escravidão. Vinham as promessas de liberdade, nem sempre cumpridas, e de pequenos soldos. “*O Exército aceitando em seus quadros o negro liberto, foi o primeiro sustentáculo para o negro iniciar sua vida de cidadão*”¹⁹. Após 1888, foi precária, porém, a cidadania do liberto.

A temática da dissertação frutificou nesses outros dois textos mais recentes, ora selecionados. No texto *O negro na ordem jurídica brasileira*, escrito em 1988, a autora propõe que, a despeito da igualdade jurídica estabelecida pela Constituição Federal, ainda existe no Brasil a correspondência entre a escala socioeconômica e uma escala racial, em que o negro encontra-se nas camadas subempregadas e carentes, proposição coerente com a sistematização realizada pela autora em 1980. A própria ordem jurídica trouxe contradições como: educação oficial preconceituosa e ação contínua dos meios de comunicação de massa veiculando estereótipos. Compreende a posição do negro na ordem jurídica brasileira segundo dois períodos. O primeiro, entre 1530 e 1888, quando a pessoa negra era submetida pelo Direito brasileiro como objeto de relações jurídicas. O segundo, após 1888, quando se assume sujeito de direito.

Para a autora, o Direito brasileiro tradicionalmente serviu como mecanismo de reprodução de interesses e dominação pelas elites. A legislação

¹⁹ Ibid., p. 55.

referente aos escravos esteve dispersa nas Ordenações do Reino; e, após 1822, em disposições de natureza civil, comercial e criminal. A Constituição de 1824 omitiu-se em matéria de escravidão, permitindo, pelas disposições do art. 179, à maneira da já citada garantia absoluta aos proprietários, que seres humanos fossem tratados como coisas, ou seja, “*as escravos pertenciam à classe dos bens móveis, ao lado dos semoventes*”²⁰; sujeitos ao mesmo domínio (e condomínio), e às mesmas faculdades de uso, fruição, disposição e reintegração a que se submetem os objetos de propriedade, incluídas a tradição, a sucessão e a partilha. A Lei n.º 1.237/1864, art. 4º, II, por exemplo, denominava “*ações naturais*” os nascituros escravos.

A consequência foi que a maioria da população brasileira, escravizada, tida como coisa, sofreu ininterrupta agressão aos seus direitos de personalidade e à sua inerente condição humana, violados que eram seus direitos à vida, à integridade física, ao nome, à reputação, à honra, à imagem, à criação intelectual, ao próprio corpo, à formação e preservação do núcleo familiar; sem os quais “*a pessoa não existe como tal*”²¹.

No Brasil, o negro ingressou como sujeito na ordem jurídica pela via do Direito Penal. O art. 60 do Código Criminal de 1830 cominava pena de açoitamento ao réu escravo que não incorresse em pena capital ou de galés (acorrentamento). “*A existência de leis cruéis [...] deixa clara a tenaz resistência do negro à escravidão, e a utilização do Direito como instrumento de opressão*”²².

Leis abolicionistas surgem mais por pressão da Inglaterra; a que, desde o início do século XIX, interessava a substituição no Brasil do trabalho escravo pelo remunerado. O interesse era a ampliação do mercado consumidor dos produtos ingleses. E a resposta brasileira eram leis “para inglês ver”.

Mais tarde, na segunda metade do século XIX, a Guerra do Paraguai fortalecerá o paradoxo da escravidão no Brasil, que mantém seres humanos

²⁰ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *O negro na ordem jurídica brasileira*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 83, jan./dez. 1988, p. 136.

²¹ Ibid., p. 137.

²² Ibid., p. 139.

como escravos ao mesmo tempo em que os lança à guerra. Tardamente, será desarticulado o sistema escravista no Brasil. A autora descreve a Lei Áurea, n.º 3.353, de 13 de maio de 1888, como mera formalidade jurídica. Torna o negro brasileiro cidadão, livre, titular de direitos e obrigações; mas não o recebe no mercado de trabalho, legando-o à imprevidência.

No século XX, segue destacando a atuação das Associações Negras, em especial da Frente Negra Brasileira, extinta por Vargas em 1937, mas que atuou na defesa contra desigualdade racial e social. Chega à Lei Afonso Arinos, n.º 1.390, de 3 de julho de 1951, criminalizadora da discriminação racial, bem como constata a maior proteção trazida pela Constituição de 1988, promulgada no mesmo ano de elaboração do estudo.

No trabalho publicado em 2005, *Em busca das raízes das nossas desigualdades sociais*, Eunice Aparecida de Jesus Prudente faz uma análise histórica do Direito brasileiro e conclui que nossa legislação apresentou-se omissa e, muitas vezes, racista para com os afrodescendentes.

A desigualdade entre nosso povo é apontada como o aspecto mais relevante da questão social brasileira. E a autora identifica na discriminação por origens étnicas a fonte da desigualdade social. “É manifesto a todos, e dados oficiais confirmam, que os afrodescendentes permanecem nos extratos mais pobres da nossa pirâmide social”²³.

Em comparação ao *status* dos brasileiros descendentes de imigrantes, sobretudo europeus, a autora conclui que os negros brasileiros enfrentam discriminações lesadoras de direitos com repercussão na composição racial da pobreza. “A história da descendência europeia no Brasil é traçada por políticas de inclusão, enquanto a história da descendência africana é marcada pela exclusão e pela omissão”²⁴.

Quem foi integrado pelo Direito? O imigrante europeu mais que o negro. Essa a resposta oferecida pela autora no artigo em questão. Inicia pela

23 PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Em busca das raízes das nossas desigualdades sociais*. In: Augusto Guzzo Revista Acadêmica, São Paulo, n. 7, out. 2005, p. 34.

24 Ibid., p. 35.

Lei de Terras, de 1850, que constata ser omissa nas questões racial e escravista. Seu artigo 5º. garantia “as posses mansas e pacíficas” adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante e que se achassem cultivadas, bem como assegurava “a morada habitual do respectivo posseiro”. Excluíam-se, entretanto, os quilombos, nunca interpretados como posses mansas e pacíficas, ainda que cumprissem os requisitos de serem “terras cultivadas” e “moradias habituais”. Assim, para a autora, a Lei de Terras não integrou, não protegeu a população negra, pois a intenção era justamente retomar terras ocupadas pelos negros, fossem quilombos, fossem povoações de pobres libertos.

Já quanto ao imigrante, segundo a autora, a Lei de Terras não se omitiu, pois revelou a intenção de integrá-lo, de recebê-lo como trabalhador livre e como proprietário, a exemplo do seu artigo 17, que enunciava o direito à naturalização dos “estrangeiros”. Após dois anos, os imigrantes que comprassem terras e nela se estabelecessem, exercendo atividade econômica poderiam se tornar cidadãos brasileiros. Por sua vez, o artigo 18 também era integrador do imigrante, pois autorizava o Governo a mandar vir anualmente certo número de “colonos livres”, “tomando antecipadamente as medidas necessárias para que tais colonos achem emprego logo que desembarcarem”.

Portanto, com base no estudo da Lei de Terras, a autora já responde que, em pleno Brasil escravista, inexistiu uma política de integração do negro, enquanto que as primeiras experiências integradoras se iniciaram com a política imigratória de europeus. Em certa medida, era uma prática decorrente do pensamento racista que inferiorizava os povos negros africanos e exaltava os povos brancos europeus.

A legislação de proteção ao imigrante europeu foi vasta. Já no decreto de 25 de novembro de 1808 o então Príncipe Regente D. João permitia a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil para “aumentar a lavoura e a população”. A Carta Régia de 23 de setembro de 1811 dispunha a respeito do início de uma colonização irlandesa no Rio Grande de São Pedro do Sul. O decreto de 6 de maio de 1828 autorizava a compra da Fazenda Morro Queimado, em Cantagalo, para o estabelecimento da colônia de suíços, no

que seria a futura cidade de Nova Friburgo. O decreto de 20 de abril de 1824 concedia ajuda financeira aos colonos alemães que aqui se estabelecessem. A Carta Imperial de 24 de maio de 1824 criava o cargo de Inspetor de Colonização estrangeira na Província do Rio de Janeiro com as atribuições de receber e administrar os colonos. A decisão n.º 80, de 31 de março de 1824, mandava estabelecer uma colônia de alemães no sul da Bahia, a Colônia Alemã de São Leopoldo, “*pela superior vantagem de se empregar gente branca, livre e industriosa*”, conforme texto dessa própria Decisão. Era o mesmo espírito racista presente, já da República, no Decreto-lei n.º 406, de 4 de maio de 1938, que reservava ao Governo o poder “*de limitar ou suspender, por motivos econômicos e sociais, a entrada de indivíduos de determinadas raças ou regime*”. Também no Decreto-lei n.º 7.967, de 18 de setembro de 1945, que condicionava a imigração à “*necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia*”.

Em síntese, toda essa legislação é representativa da política migratória que protegia a vida, os pertences e dispunha a respeito da instalação das famílias imigrantes europeias, antes mesmo de existir qualquer política abolicionista da escravidão e integradora do negro no Brasil.

A Constituição de 1988 permitiu, porém, propostas integradoras que possibilitam políticas de ações afirmativas. Dentre as propostas integradoras presentes na Constituição de 1988, a autora cita a proibição de discriminação constante no artigo 5º, inciso XLI; bem como a criminalização, inafiançabilidade e imprescritibilidade do racismo, constantes no inciso XLII do mesmo artigo. E ressalta a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que tipifica como crimes aqueles atos resultantes do preconceito de raça ou de cor. Legislação aperfeiçoada pela Lei n.º 9.459, de 13 de maio de 1997, cujo artigo 1º dispõe: “*serão punidos [...] os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”.

Com Eunice Aparecida de Jesus Prudente, concluímos ser histórica a omissão do Direito brasileiro em proteger e integrar o negro. A escravidão é mesmo uma das origens das nossas profundas desigualdades; desigual-

dade racial que gera também desigualdade social. Antes igualdade racial significava abolição da escravidão; na atualidade, significa igualdade social. Promover o bem de todos sem distinção de raça é o novo nome do nosso abolicionismo.

Referências

ALONSO, Angela. *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-88)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

CALDEIRA, Jorge (org.). *José Bonifácio de Andrade e Silva*. São Paulo: Editora 34, 2002.

COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*. 9.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

_____. *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos*. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Sociedade, Estado e Direito: caminhada brasileira rumo ao século XXI*. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Viagem Incompleta: a grande transação*. 2.ed. São Paulo: SENAC, 439-488, 2000.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito constitucional: Teoria Geral do Estado*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, [s.d], vol. 1, 2 tomos.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Globo, Publifolha, 2000, 2v.

FREITAS, Herculano de. *Direito Constitucional: edição feita no ano do centenário do nascimento do autor*. São Paulo, 1965.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO JÚNIOR, Armando Marcondes. *Cátedras e catedráticos: curso de bacharelado FADUSP: 1827-2009*. São Paulo: Mageart, 2010.

MENDONÇA, Joseli Nunes. *Cenas da abolição: escravos e senhores no Parlamento e na Justiça*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Em busca das raízes das nossas desigualdades sociais*. In: Augusto Guzzo Revista Acadêmica, São Paulo, n. 7, 34-43, out. 2005.

_____. *O negro na ordem jurídica brasileira*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 83, 135-149, jan./dez.1988.

_____. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Orient. Dalmo de Abreu Dallari. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Fadusp, 1980.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a Escravatura*. In Projetos para o Brasil (org. Miriam Dohnikoff). São Paulo: Companhia das Letras, 1998.