

O PECADO ORIGINAL DA SOCIEDADE E DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA*

LUIZ FELIPE DE ALENCASTRO

[*] Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF). Texto apresentado pelo autor, como representante da Fundação Palmares, na Audiência Pública do STF sobre as cotas universitárias para negros. Agradeço a ajuda de Fúlvia Rosemberg (Fundação Carlos Chagas), Ciro Biderman (FGV), Paulo Sérgio Pinheiro (USP), Mário Theodoro (Ipea), Marcelo Tragtemberg (UFSC), José Jorge de Carvalho (UNB) e da procuradora federal Dora Bertúlio (Fundação Palmares).

No presente ano de 2010, os brasileiros afro-descendentes, os cidadãos que se auto-definem como pretos e pardos no recenseamento nacional, passam a formar a maioria da população do país. A partir de agora — na conceituação consolidada em décadas de pesquisas e de análises metodológicas do IBGE —, mais da metade dos brasileiros são negros.

Esta mudança vai muito além da demografia. Ela traz ensinamentos sobre o nosso passado, sobre quem somos e de onde viemos, e traz também desafios para o nosso futuro.

Minha fala tentará juntar os dois aspectos do problema, partindo de um resumo histórico para chegar à atualidade e ao julgamento que nos ocupa. Os ensinamentos sobre nosso passado, referem-se à densa presença da população negra na formação do povo brasileiro. Todos nós sabemos que esta presença originou-se e desenvolveu-se na violência. Contudo, a extensão e o impacto do escravismo não têm sido suficientemente sublinhados. A petição inicial de ADPF apresentada pelo DEM a esta Corte fala genericamente sobre “o racismo e a opção pela escravidão negra” (pp. 37-40), sem considerar a especificidade do escravismo em nosso país.

Na realidade, nenhum país americano praticou a escravidão em tão larga escala como o Brasil. Do total de cerca de 11 milhões de africanos deportados e chegados vivos nas Américas, 44% (perto de 5 milhões) vieram para o território brasileiro num período de três séculos (1550-1856). O outro grande país escravista do continente, os Estados Unidos, praticou o tráfico negreiro por pouco mais de um século (entre 1675 e 1808) e recebeu uma proporção muito menor — perto de 560 mil africanos —, ou seja, 5,5% do total do tráfico transatlântico¹. No final das contas, o Brasil apresenta-se como o agregado político americano que captou o maior número de africanos e que manteve durante mais tempo a escravidão.

Durante estes três séculos, vieram para este lado do Atlântico milhões de africanos que, em meio à miséria e ao sofrimento, tiveram coragem e esperança para constituir as famílias e as culturas formadoras

[1] Ver o Database da Universidade de Harvard em <<http://www.slavevoyages.org/tast/index.faces>>.

de uma parte essencial do povo brasileiro. Arrancados para sempre de suas famílias, de sua aldeia, de seu continente, eles foram deportados por negreiros luso-brasileiros e, em seguida, por traficantes genuinamente brasileiros que os trouxeram acorrentados em navios arvorando o auriverde pendão de nossa terra, como narram estrofes menos lembradas do poema de Castro Alves.

No século XIX, o Império do Brasil aparece ainda como a única nação independente que praticava o tráfico negreiro em larga escala. Alvo da pressão diplomática e naval britânica, o comércio oceânico de africanos passou a ser proscrito por uma rede de tratados internacionais que a Inglaterra teceu no Atlântico².

O tratado anglo-português de 1818 vetava o tráfico no norte do equador. Na sequência do tratado anglo-brasileiro de 1826, a lei de 7 de novembro de 1831 proibiu a totalidade do comércio atlântico de africanos no Brasil.

Entretanto, 50 mil africanos oriundos do norte do Equador são ilegalmente desembarcados entre 1818 e 1831, e 710 mil indivíduos, vindos de todas as partes da África, são trazidos entre 1831 e 1856, num circuito de tráfico clandestino. Ora, da mesma forma que o tratado de 1818, a lei de 1831 assegurava plena liberdade aos africanos introduzidos no país após a proibição. Em consequência, os alegados proprietários desses indivíduos livres eram considerados seqüestradores, incorrendo nas sanções do artigo 179 do “Código Criminal”, de 1830, que punia o ato de “reduzir à escravidão a pessoa livre que se achar em posse de sua liberdade”. A lei de 7 de novembro 1831 impunha aos infratores uma pena pecuniária e o reembolso das despesas com o reenvio do africano seqüestrado para qualquer porto da África. Tais penalidades são reiteradas no artigo 4º da Lei de 4 de setembro de 1850, a lei Eusébio de Queirós que acabou definitivamente com o tráfico negreiro.

Porém, na década de 1850, o governo imperial anistiou, na prática, os senhores culpados do crime de seqüestro, mas deixou livre curso ao crime correlato, a escravização de pessoas livres³. De golpe, os 760 mil africanos desembarcados até 1856 — e a totalidade de seus descendentes — continuaram sendo mantidos ilegalmente na escravidão até 1888⁴. Para que não estourassem rebeliões de escravos e de gente ilegalmente escravizada, para que a ilegalidade da posse de cada senhor, de cada seqüestrador, não se transformasse em insegurança coletiva dos proprietários, de seus sócios e credores — abalando todo o país —, era preciso que vigorasse um conluio geral, um pacto implícito em favor da violação da lei. Um pacto fundado nos “interesses coletivos da sociedade”, como sentenciou, em 1854, o ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, pai de Joaquim Nabuco.

O tema subjaz aos debates da época. O próprio Joaquim Nabuco — que está sendo homenageado neste ano do centenário de sua

[2] Demonstrando um grande desconhecimento da história pátria e superficialidade em sua argumentação, a petição do DEM afirma na página 35: “Por que não direcionamos a Portugal e à Inglaterra a indenização a ser devida aos afrodescendentes, já que foram os portugueses e os ingleses quem organizaram o tráfico de escravos e a escravidão no Brasil?”. Como é amplamente conhecido, os ingleses não tiveram participação no escravismo brasileiro, visto que o tráfico negreiro constituía-se como um monopólio português, com ativa participação brasileira no século XIX. Bem ao contrário, por razões que não cabe desenvolver neste texto, a Inglaterra teve um papel decisivo na extinção do tráfico negreiro para o Brasil.

[3] Malheiro, A. Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social* (1867). Petrópolis: Vozes, 1976, 2 vols., v. 1, pp. 201-222. Numa mensagem confidencial ao presidente da província de São Paulo, em 1854, Nabuco de Araújo, ministro da Justiça, invoca “os interesses coletivos da sociedade”, para não aplicar a lei de 1831, prevendo a liberdade dos africanos introduzidos após esta data: Nabuco, Joaquim. *Um estadista do Império [1897-1899]*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, 2 vols., v. 1, p. 229, n. 6.

[4] Mamigonian, Beatriz G. “Comunicação” no seminário do Centre d’Études du Brésil et de l’Atlantique Sud, Université de Paris IV Sorbonne, 21/11/2006; Eltis, D. *Economic growth and the ending of the transatlantic slave trade*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 1989, Appendix A, pp. 234-44.

[5] Nabuco, *O abolicionismo* [1883]. Petrópolis: Vozes, 1977, pp. 115-120, 189. Quinze anos depois, confirmando a importância primordial do tráfico de africanos — e da na reprodução desterritorializada da produção escravista —, Nabuco afirma que foi mais fácil abolir a escravidão em 1888, do que fazer cumprir a lei de 1831: *Um estadista do Império*, op. cit., p. 228.

[6] Alencastro, L. F. de. “A desmemória e o recalque do crime na política brasileira”. In: Novaes, Adauto. *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007, pp. 321-334.

morte — escrevia com todas as letras em *O abolicionismo* [1883]: “Durante cinqüenta anos a grande maioria da propriedade escrava foi possuída ilegalmente. Nada seria mais difícil aos senhores, tomados coletivamente, do que justificar perante um tribunal escrupuloso a legalidade daquela propriedade, tomada também em massa”⁵.

Tal “tribunal escrupuloso” jamais instaurou-se nas cortes judiciárias, nem tampouco na historiografia do país. Tirante as ações impedidas por um certo número de advogados e magistrados abolicionistas, o assunto permaneceu encoberto na época e foi praticamente ignorado pelas gerações seguintes.

Resta que este crime coletivo guarda um significado dramático: ao arrepio da lei, a maioria dos africanos cativados no Brasil a partir de 1818 — e todos os seus descendentes — foram mantidos na escravidão até 1888. Ou seja, boa parte das duas últimas gerações de indivíduos escravizados no Brasil não era escrava. Moralmente ilegítima, a escravidão do Império era ainda — primeiro e sobretudo — ilegal. Como escrevi, tenho para mim que este pacto dos seqüestadores constituiu o pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira⁶.

Firmava-se duradouramente o princípio da impunidade e do casuísmo da lei que marca nossa história e permanece como um desafio constante aos tribunais e a esta Suprema Corte. Conseqüentemente, não são só os negros brasileiros que pagam o preço da herança escravista.

Outra deformidade gerada pelos “males que a escravidão criou”, para retomar uma expressão de Joaquim Nabuco, refere-se à violência policial.

Para expor o assunto, volto ao século XIX, abordando um ponto da história do direito penal que os ministros desta Corte conhecem bem e que peço a permissão para relembrar.

Depois da Independência, no Brasil, como no sul dos Estados Unidos, o escravismo passou a ser consubstancial ao *State building*, à organização das instituições nacionais. Houve, assim, uma modernização do escravismo para adequá-lo ao direito positivo e às novas normas ocidentais que regulavam a propriedade privada e as liberdades públicas. Entre as múltiplas contradições engendradas por esta situação, uma relevava do Código Penal: como punir o escravo delinqüente sem encarcerá-lo, sem privar o senhor do usufruto do trabalho do cativo que cumpria pena prisão?

Para solucionar o problema, o quadro legal foi definido em dois tempos. Primeiro, a Constituição de 1824 garantiu, em seu artigo 179, a extinção das punições físicas constantes nas aplicações penais portuguesas. “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”; a Constituição também prescrevia: “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”.

Conforme os princípios do Iluminismo, ficavam assim preservadas as liberdades e a dignidade dos homens livres.

Num segundo tempo, o Código Criminal de 1830 tratou especificamente da prisão dos escravos, os quais representavam uma forte proporção de habitantes do Império. No seu artigo 60, o Código reatualiza a pena de tortura. “Se o réu for escravo e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar, o número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de 50”. Com o açoite, com a tortura, podia-se punir sem encarcerar: estava resolvido o dilema.

Longe de restringir-se ao campo, a escravidão também se arraigava nas cidades. Em 1850, o Rio de Janeiro contava 110 mil escravos entre seus 266 mil habitantes, reunindo a maior concentração urbana de escravos da época moderna. Neste quadro social, a questão da segurança pública e da criminalidade assumia um viés específico⁷. De maneira mais eficaz que a prisão, o terror, a ameaça do açoite em público, servia para intimidar os escravos.

Oficializada até o final do Império, esta prática punitiva estendeu-se às camadas desfavorecidas, aos negros em particular e aos pobres em geral. Junto com a privatização da justiça efetuada no campo pelos fazendeiros, tais procedimentos travaram o advento de uma política de segurança pública fundada nos princípios da liberdade individual e dos direitos humanos.

Enfim, uma terceira deformidade gerada pelo escravismo afeta diretamente o estatuto da cidadania.

É sabido que nas eleições censitárias de dois graus ocorrendo no Império, até a Lei Saraiva, de 1881, os analfabetos, incluindo negros e mulatos alforriados, podiam ser votantes, isto é, eleitores de primeiro grau, que elegiam eleitores de 2º grau (cerca de 20 mil homens em 1870), os quais podiam eleger e ser eleitos parlamentares. Depois de 1881, foram suprimidos os dois graus de eleitores e, em 1882, o voto dos analfabetos foi vetado. Decidida no contexto pré-abolicionista, a proibição buscava criar um ferrolho que barrasse o acesso do corpo eleitoral à maioria dos libertos. Gerou-se um estatuto de infracidadania que perdurou até 1985, quando foi autorizado o voto do analfabeto. O conjunto dos analfabetos brasileiros, brancos e negros, foi atingido⁸. Mas a exclusão política foi mais impactante na população negra, onde o analfabetismo registrava, e continua registrando, taxas proporcionalmente bem mais altas do que entre os brancos⁹.

Pelos motivos apontados acima, os ensinamentos do passado ajudam a situar o atual julgamento sobre cotas universitárias na perspectiva da construção da nação e do sistema político de nosso país. Nasci-

[7] Alencastro, “Proletários e escravos: imigrantes portugueses e cativos africanos no Rio de Janeiro 1850-1870”. *Novos Estudos Cebrap*, 1988, nº 21, pp. 30-56.

[8] Berquó, Elza e Alencastro. “A emergência do voto negro”. *Novos Estudos Cebrap*, 1992, nº 33, pp. 77-88.

[9] O censo de 1980 mostrava que o índice de indivíduos maiores de cinco anos “sem instrução ou com menos de 1 ano de instrução” era de 47,3% entre os pretos, 47,6% entre os pardos e 25,1% entre os brancos. A desproporção reduziu-se em seguida, mas não tem se modificado nos últimos vinte anos. Segundo as PNADs, em 1992, verificava-se que na população maior de 15 anos, os brancos analfabetos representavam 4,0% e os negros 6,1%, em 2008 as taxas eram, respectivamente, de 6,5% e 8,3%. O aumento das taxas de analfabetos provém, em boa parte, do fato de que a partir de 2004 as PNADs passam a incorporar a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá. Dados extraídos das tabelas do Ipea.

das no século XIX, a partir da impunidade garantida aos proprietários de indivíduos ilegalmente escravizados, da violência e das torturas infligidas aos escravos e da infracadania reservada ao libertos, as arbitrariedades engendradas pelo escravismo submergiram o país inteiro.

Por isso, agindo em sentido inverso, a redução das discriminações que ainda pesam sobre os afro-brasileiros — hoje majoritários no seio da população — consolidará nossa democracia.

Portanto, não se trata aqui de uma simples lógica indenizatória, destinada a quitar dívidas da história e a garantir direitos usurpados de uma comunidade específica, como foi o caso, em boa medida, nos memoráveis julgamentos desta Corte sobre a demarcação das terras indígenas. No presente julgamento, trata-se, sobretudo, de inscrever a discussão sobre a política afirmativa no aperfeiçoamento da democracia, no vir a ser da nação. Tais são os desafios que as cotas raciais universitárias colocam ao nosso presente e ao nosso futuro.

Atacando as cotas universitárias, a ADPF do DEM, traz no seu ponto 3 o seguinte título “o perigo da importação de modelos: os exemplos de Ruanda e dos Estados Unidos da América” (pp. 41-43). Trata-se de uma comparação absurda no primeiro caso e inepta no segundo.

Qual o paralelo entre o Brasil e Ruanda, que alcançou a independência apenas em 1962 e viu-se envolvido, desde 1990, numa conflagração generalizada que os especialistas denominam a “primeira guerra mundial africana”, implicando também Burundi, Uganda, Angola, o Congo Kinsasha e o Zimbabuê, e que culminou, em 1994, com o genocídio de quase 1 milhão de tutsis e milhares de hutus ruandenses?

Na comparação com os Estados Unidos, a alegação é inepta por duas razões. Primeiro, os Estados Unidos são a mais antiga democracia do mundo e servem de exemplo a instituições que consolidaram o sistema político no Brasil. Nosso federalismo, nosso Supremo Tribunal Superior, STF — vosso STF — são calcados no modelo norte-americano. Não há nada de “perigoso” na importação de práticas norte-americanas que possam reforçar nossa democracia. A segunda razão da inépcia reside no fato de que o movimento negro e a defesa dos direitos dos ex-escravos e afrodescendentes tem, como foi dito, raízes profundas na história nacional. Desde o século XIX, magistrados e advogados brancos e negros têm tido um papel fundamental nestas reivindicações.

Assim, ao contrário do que se tem dito e escrito, a discussão relançada nos anos de 1970-1980 sobre as desigualdades raciais é muito mais o resultado da atualização das estatísticas sociais brasileiras, num contexto de lutas democráticas contra a ditadura, do que uma propalada “americanização” do debate sobre a discriminação racial em nosso país. Aliás, foram estas mesmas circunstâncias que suscitaram, na mesma época, os questionamentos sobre a distribuição da renda no quadro do alegado “milagre econômico”. Havia, até a realização da pri-

meira PNAD incluindo o critério cor, em 1976, um grande desconhecimento sobre a evolução demográfica e social dos afrodescendentes.

De fato, no Censo de 1950, as estatísticas sobre cor eram limitadas, no Censo de 1960, elas ficaram inutilizadas e no Censo de 1970 elas eram inexistentes. Este longo período de eclipse estatística facilitou a difusão da ideologia da “democracia racial brasileira”, que apregoava de inexistência de discriminação racial no país. Todavia, as PNADs de 1976, 1984, 1987, 1995, 1999 e os Censos de 1980, 1991 e 2000 incluíram o critério cor. Constatou-se, então, que no decurso de três décadas, a desigualdade racial permanecia no quadro de uma sociedade mais urbanizada, mais educada e com muito maior renda do que em 1940 e 1950. Ou seja, ficava provado que a desigualdade racial tinha um carácter estrutural que não se reduzia com progresso econômico e social do país. Daí o adensamento das reivindicações da comunidade negra, apoiadas por vários partidos políticos e por boa parte dos movimentos sociais.

Nessa perspectiva, cabe lembrar que a democracia, a prática democrática, consiste num processo dinâmico, reformado e completado ao longo das décadas pelos legisladores brasileiros, em resposta às aspirações da sociedade e às iniciativas de países pioneiros. Foi somente em 1932 — ainda assim com as conhecidas restrições suprimidas em 1946 — que o voto feminino instaurou-se no Brasil. Na época, os setores tradicionalistas alegaram que a capacitação política das mulheres iria dividir as famílias e perturbar a tranqüilidade de nação. Pouco a pouco, normas consensuais que impediam a plena cidadania e a realização profissional das mulheres foram sendo reduzidas, segundo o preceito — aplicável também na questão racial — de que se deve tratar de maneira desigual o problema gerado por uma situação desigual.

Para além do caso da política de cotas da UnB, o que está em pauta neste julgamento são, a meu ver, duas questões essenciais.

A primeira: malgrado a inexistência de um quadro legal discriminatório a população afrobrasileira é discriminada nos dias de hoje?

A resposta está retratada nas creches, nas ruas, nas escolas, nas universidades, nas cadeias, nos laudos dos IML de todo o Brasil. Não cabe aqui entrar na análise de estatísticas raciais, sociais e econômicas que serão abordadas por diversos especialistas no âmbito desta Audiência Pública. Observo, entretanto, que a ADPF apresentada pelo DEM, na parte intitulada “A manipulação dos indicadores sociais envolvendo a raça” (pp. 54-59), alinha algumas cifras e cita como única fonte analítica o livro do jornalista Ali Kamel, o qual, como é sabido, não é versado no estudo das estatísticas do IBGE, do Ipea, da ONU e das incontáveis pesquisas e teses brasileiras e estrangeiras que demonstram, maciçamente, a existência de discriminação racial no Brasil.

Daí decorre a segunda pergunta que pode ser formulada em dois tempos. O sistema de promoção social posto em prática desde o final da escravidão poderá eliminar as desigualdades que cercam os afro-brasileiros? A expansão do sistema de bolsas e de cotas pelo critério social provocará uma redução destas desigualdades?

Os dados das PNADs organizados pelo Ipea mostram, ao contrário, que as disparidades se mantêm ao longo da última década. Mais ainda, a entrada no ensino superior exacerba a desigualdade racial no Brasil.

Dessa forma, no ensino fundamental (de 7 a 14 anos), a diferença entre brancos e negros começou a diminuir a partir de 1999 e, em 2008, a taxa de freqüência entre os dois grupos é praticamente a mesma, em torno de 95% e 94% respectivamente. No ensino médio (de 15 a 17 anos) há uma diferença quase constante desde entre 1992 e 2008. Neste último ano, foram registrados 61,0% de alunos brancos e 42,0% de alunos negros desta mesma faixa etária. Porém, no ensino superior a diferença entre os dois grupos se escancara. Em 2008, nas faixas etárias de brancos maiores de 18 anos de idade, havia 20,5% de estudantes universitários e nas faixas etárias de negros maiores de 18 anos, só 7,7% de estudantes universitários¹⁰. Patenteia-se que o acesso ao ensino superior constitui um gargalo incontornável para a ascensão social dos negros brasileiros.

Por todas estas razões, reafirmo minha adesão ao sistema de cotas raciais aplicado pela Universidade de Brasília.

Penso que seria uma simplificação apresentar a discussão sobre as cotas raciais como um corte entre a esquerda e a direita, o governo e a oposição ou o PT e o PSDB. Como no caso do plebiscito de 1993, sobre o presidencialismo e o parlamentarismo, a clivagem atravessa as linhas partidárias e ideológicas. Aliás, as primeiras medidas de política afirmativa relativas à população negra foram tomadas, como é conhecido, pelo governo Fernando Henrique Cardoso.

Como deixei claro, utilizei vários estudos do Ipea para embasar meus argumentos. Ora, tanto o presidente do Ipea no segundo governo Fernando Henrique Cardoso, o professor Roberto Borges Martins, como o presidente do Ipea no segundo governo Lula, o professor Márcio Porchman — colegas por quem tenho respeito e admiração —, coordenaram vários estudos sobre a discriminação racial no Brasil nos dias de hoje e são ambos favoráveis às políticas afirmativas e às políticas de cotas raciais.

A existência de alianças transversais deve nos conduzir — mesmo num ano de eleições — a um debate menos ideologizado, em que os argumentos de uns e de outros possam ser analisados a fim de contribuir para a superação da desigualdade racial que pesa sobre os negros e a democracia brasileira.

[10] Dados fornecidos por Mario Lisboa Theodoro (Ipea).