

Introdução

O presente artigo tematiza o direito como mecanismo de afirmar e manter a diversidade social com fundamento no princípio da igualdade e por assim ser todo direito é etnodireito, ou seja, o direito é uma ordem do dever ser para favorecer a convivência entre os diferentes a partir do pertencimento sociolinguístico cultural. Nessa perspectiva, a abordagem se dá em dois vieses: o direito mediador do cotidiano dos afro-brasileiros quilombolas e etnodireito e o ensino jurídico.

Na perspectiva do direito como mediador das relações cotidianas, a abordagem dar-se-á a partir de dois aspectos: os afro-brasileiros e o direito positivo e o peticionamento de Esperança Garcia, de olho d'água dos Azevedos, de Perirepi e de Artur Passos. O segundo viés, etnodireito e o ensino jurídico, será tratado o ensino jurídico pelas definições legais e a pouca oportunidade de tornar o curso de direito favorecedor da convivência entre os direitos pela leitura da igualdade de direitos como uniformização das pessoas.

A discussão tem por base pesquisas e discussões teórica-analíticas no âmbito de projetos de pesquisa-extensão vinculados ao Ifaradá¹ e ao DiHuCi², com destaque para o âmbito de três experiências: o projeto sobre conhecimentos tradicionais e quilombolas, o projeto sobre critérios de indenização na desapropriação por interesse público e a experiência de produção de dois projetos pedagógicos, um de especialização em educação étnico-quilombola e o outro em graduação em direito para quilombolas.

O texto foi produzido a partir dos relatórios das pesquisas referidas e dos registros da experiência de elaboração do projeto, incluindo os próprios projetos, tendo como questão: como o princípio da igualdade pode orientar para convivência na diversidade? E como pressuposto a perspectiva de que o princípio da igualdade nos iguala em direitos para garantir a diversidade que somos, diferente de uniformidade e que quando uma democracia constitucionalista expressa o diverso, cabe a adoção de políticas que a corrijam.

O texto está organizado em dois itens: o direito mediador do cotidiano dos afrobrasileiros quilombolas e etnodireito e o ensino jurídico.

A metodologia de produção do texto e das pesquisas incluiu levantamento de legislação e literatura sobre as categorias África, africano e escravo relacionadas com o fator de império do direito e com sua justificativa.

I – O direito como *medium* da sociedade afro-brasileira

O direito é um fenômeno de múltiplas facetas ao longo da história e nas diversas culturas. Cabe referir ao direito como estratégia de submissão e domínio e como garantia de horizontalidade entre aqueles que tem o direito como forma de regular suas vidas.

Seja qual for o sentido, o direito tem dois discursos que o acompanham: um político e um jurídico. Kelsen (2003) considera o primeiro como justificativa e o segundo como fundamentação, ou seja, o direito precisa contar com justificativa que o torne aceitável e fundamentado como aplicação do que estava previamente definido como direito.

O direito racional, ou seja, o direito ocidental pós revoluções burguesas justificase com a política, sendo direito aquilo que um legislador legítimo aprovou num processo legislativo como lei e fundamenta-se como decisão judicial pela aplicação da lei anteriormente aprovada.

Noutros momentos históricos, justificativa e fundamentação têm significados diferentes. Por exemplo, o que se chama de direito português que regulou a escravidão no Brasil não teve justificativa racional, foi justificado com decisões religiosas, o que altera também a fundamentação em razão de sua origem: o poder de um monarca sob os desígnios de Deus.

No caso, as bulas papais que autorizaram à Coroa Portuguesa a colonizar determinadas partes do planeta e escravizar povos que não seguissem sua religião:

O Pontífice autoriza o rei de Portugal a atacar, conquistar e submeter Sarracenos, pagãos e outros inimigos de Cristo, a capturar os seus bens e territórios, a reduzi-los à escravidão perpétua e a transferir as suas terras e territórios para o rei de Portugal e para seus sucessores (Bula Papal Dum Diversas de 18 de junho de 1452).³

O documento acima citado e outros que a este se seguiram justificaram toda a legislação colonizadora e escravocrata portuguesa. A legislação referida tomou as decisões da Igreja Católica como autorizadora para desconsiderar o não cristão como semelhante, portanto inferior e por isso escravizado e categorizado como patrimônio dos cristãos, o que fez surgir pelo menos dois tipos de justificativas para o direito regulador do cotidiano dos afro-brasileiros: como não semelhante e como semelhante.

A justificativa de não semelhante pode ser visto na introdução ao Código Criminal de 1830, que traz vários artigos diferenciando a condição de escravo e sua introdução afirma ser a condição de semelhante o que possibilita a sociedade e por isso a proibição de ofender o seu semelhante:

³ In: <https://jarconsian.wordpress.com/tag/dum-diversas/>

Se os homens tivessem a liberdade de ofender aos seus semelhantes, sem que d'ahi lhes resultasse necessária e uniformemente um mal qualquer, a sociedade seria impossível e o isolamento desejável, mas como este lhes é prejudicial, e como só no seio da'quella podem elles viver e desenvolver-se conforme as leis de sua natureza; por isso - o poder social instituido – tem o direito e o dever de reprimir os membros refractario da communhão, isto é, aquelles que por suas acções e omissões voluntariamente perturbão a sociedade e dificultão o seu fim, violando os seus direitos e os individuos, cujo respeito e religiosa observancia se propuzerão os associados (Código Criminal do Brasil de 1830).

1.1. Os afro-brasileiros e o direito positivo

Nas normas do direito em que o afro-brasileiro é não semelhante, é possível identificar pelo menos quatro categorias: como regulador da escravidão; como limitação ao poder de escravizar; como regulador omissivo do cotidiano pós-abolição; como criminalizador das expressões culturais dos afro-brasileiros.

Instrumento normativo	Imperativo	Justificativa
Código Filipino	Autoriza a escravização dos africanos	Bula Papal Dum Diversas de 18 de junho de 1452 e seguintes.
Código Criminal de 1830	Define sanção para atos criminosos cometidos por escravos.	Não semelhantes – introdução ao Código Criminal
Leis da abolição	Reduzir os efeitos da escravidão progressivamente	Lutas abolicionistas e pressão inglesa
Leis pós-abolição – regulador omissivo – Lei de Terras de 1850	Regular o acesso a terra	Ordenar o uso do solo e impedir o acesso a terra pelos afro-brasileiros
Leis criminalizam a cultura afro-brasileira	Proíbe a capoeira	Capoeira associada à vadiagem - Capoeira como crime – Código Penal de 1890 - Capítulo XIII - Dos Vadios e Capoeiras – art. 399 a 4004

Fonte: produção da autora

As quatro categorias referidas tratam-se de mediação pela submissão à inferiorização. O primeiro contato dos africanos com o direito positivo português que regia a colônia foram as normas que autorizavam a escravização de africanos. No Código Filipino, em seus cinco volumes, a palavra africano está associada à autorização e regulamentação para escravizar ou à autorização para

tratamento diferenciado pela condição de escravo; e África, associada à lugar para cumprir a pena de degredo.

17. E o Senhor de terras, que der auctoridade á alguma pessoa, para por sua Carta, ou Alvará usar de officio de tabellião, sem o enviar a apresentar aos Desembargadores do Paço, para lhe darem nossa Carta e auctoridade, por esse mesmo feito perca todo o direito, que tiver nos ditos Tabelliados, assi de dar, como de apresentar (1). E os Corregedores das Comarcas o façam assi cumprir, e não consintam aos dito senhores de terras, fazer o contrario, sob pena de privação do officio, e além disso Nós lhes darmos o castigo, que houvermos por bem. E o que usar de tal Provisão, perderá o Officio, e nunca mais o poderá haver, nem outro algum de Justiça; e será preso, e **degradado** dous annos para **Africa**, e da cadea pagará vinte cruzados, a metade para quem o accusar, e a outra para nossa Camera [grifo da citação] (PORTUGAL, 1870, p. 471).

Quanto ao topônimo escravo há as ordens de dever ser que regulam o cotidiano do africano em situação de escravidão com as autorizações do permitido e do proibido e as regras que definem a condição de escravo como patrimônio:

G. Item, se o **escravo** (ainda que seja Christão) fugir a seu senhor para a Igreja, acoutando-se a ella, por se livrar do captiveiro, em que stá, não será por ella defendido, mas será per força tirado della (3), E defendendo-se ele, se de sua tirada lhe seguir a morte, por de outra maneira o não podêrem tirar, não haverá seu senhor ou quem o assi tirar (sendo seu criado ou fazendo o per seu mandado) pena alguma [grifo da citação] (PORTUGAL, 1870, p. 424-425).

(...)

Art. 2.º A hypotheca he regulada somente pela Lei Civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Codigo Commercial (3), relativas á hypothecas de bens de raiz.

§ 1º Só podem ser ser objecto de hypotheca:

Os immoveis (4).

Os accessorios dos immoyeis com os mesmos immoveis.

Os **escravos** e animaes pertencentes ás propriedades agricolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades [grifo da citação] (PORTUGUAL, LEI n. 1237-DE 24- DE SETEMBRO DE 1864).

Já no Brasil como pátria há as leis que definem as sanções aos crimes cometidos pelos escravos, o Código Criminal de 1830, e as que limitaram a autorização para a escravização do africano, tais como: a Lei Eusébio de Queiroz de 1850, que proibiu a chegada de embarcações negreiras no país; a Lei do Ventre Livre, de 1871; a lei dos sexagenários de 1885 e a Lei áurea de 1888.

As que reduziram progressivamente as autorizações para escravizar tiveram duas motivações: as lutas abolicionistas e as pressões inglesas para abolir a escravidão visando ampliar o seu mercado consumidor pela criação de um mercado trabalhista.

No pós abolição, há pelo menos duas condutas que comportam nas categorias já referidas: omissão e criminalização.

Quanto à omissão, cabe destacar a Lei nº 601 de 1850, a Lei de Terras, que curiosamente não cita as palavras escravo, África e africano, embora já estivesse em curso leis que reduziam a força escravocrata da legislação e haja referência ao indígena quanto à posse de terras. A lei desconsidera a existência dos afro-brasileiros em território brasileiro, mais ainda, parece destinar-se a uma espécie de preparação para a famigerada abolição tornando todas as terras propriedades privadas a partir de compras e com posse reconhecida pela própria lei.

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes.

(...)

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos **indigenas**; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval [grifo da citação] (BRASIL, 1850).

Ao afro-brasileiro não cabia terras para colonização e muito difícil adquiri-las pela compra. Mesmo assim, muitos adquiriram pela compra e perderam pelo não registro estabelecido pela mesma com prazo muito curto, seis meses para a província, um ano para a Província do Rio de Janeiro e dois anos para a corte, como registrado na citação abaixo:

Do registro das terras possuidas

Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuirem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na Côrte, e Provincia do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, e nas Provincias, da fixada pelo respectivo Presidente.

Art. 92. Os prazos serão 1º, 2º e 3º: o 1º de dois annos, o 2º de hum anno, e o 3º de seis mezes.

Art. 93. As declarações para o registro serão feitas pelos possuidores, que as escreverão, ou farão escrever por outrem em dois exemplares iguaes, assignando-os

ambos, ou fazendo-os assignar pelo individuo, que os houver escripto, se os possuidores não souberem escrever.

(...)

Art. 95. Os que não fizerem as declarações por escripto nos prazos estabelecidos, serão multados pelos encarregados do registro na respectiva Freguezia: findo o primeiro prazo em vinte e cinco mil réis, findo o segundo em cincoenta, e findo o terceiro em cem mil réis.

(...)

Art. 97. Os Vigarios de cada huma das Freguezias do Imperio são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder á esse registro dentro de suas Freguezias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão nomear, e ter sob sua responsabilidade (BRASIL, 1854).

A lei de terras foi aprovada alguns meses após a primeira lei que deu início a sequência que finalizou com a lei áurea, e que comprova a existência de perspectiva institucional brasileira de vir a abolir a escravidão, pois impediu o tráfico. Como explicar então uma lei do mesmo ano que aboliu o tráfico não citar a condição do escravo e ex-escravo em relação às terras brasileiras? A única resposta parece ser que a nação brasileira protegeu as terras brasileiras dos escravos e ex-escravos criando o registro e deste excluídos os afro-brasileiros, embora tenha incluído o indígena, resultando no que Fernandes chama de cativo da terra:

O fim do cativo humano aconteceu quase 40 anos depois de ter sido instituído o cativo da terra. Assim, os escravos libertos que deixaram as fazendas migraram pelas estradas, por onde encontraram terras cercadas. Quando acampavam nas fazendas, os coronéis convocavam a polícia para expulsá-los. Igualmente, os camponeses europeus continuaram neste País, suas caminhadas em busca da terra. Migraram por e para diferentes regiões, lutando contra o latifúndio. Muitos de seus filhos e netos ainda continuam migrando. A maioria absoluta desses trabalhadores começou a formar uma categoria, que ficaria conhecida no final do século XX, como Sem-Terra (FERNANDES, 2000. p. 32).

Pode-se afirmar que a omissão da Lei de Terras não é efetivamente uma omissão, é uma ação! A ação de impedir que os afro-brasileiros pudessem legalmente ser proprietário de terras.

Já a conduta de criminalização do pós-abolição é evidenciado pelo Código Penal de 1890, no seu capítulo XIII, artigos 399 a 404, sob o título “dos vadios e capoeiras”, que definia como crime a capoeira ou qualquer manifestação a esta relacionada:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena ? de prisão cellular por dous a seis mezes.

Parapho unico. E? considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidência, será aplicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Parapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

Se o direito positivo português e o brasileiro regularam a escravidão, como é possível considerá-lo mediação do cotidiano? Vale considerar que o direito como *medium* fundamenta-se na perspectiva da teoria discursiva do Direito com Habermas (1997), que considera que é direito o que pode ser aceito por todos. E é essa referência que considero aqui como etnodireito, ou seja, é direito aquilo que regula o pertencimento a uma sociedade de livres e iguais por acordos, portanto aceito por todos.

As categorias referidas do direito a partir do afro-brasileiro como não semelhante não se tratam de etnodireito, e nem direito propriamente dito é, considerando com Habermas (1997) que só é direito o que pode ser aceito por todos. Não é possível ter as normas que autorizam a escravização dos afro-brasileiros como por estes aceitas. Não é possível afirmar interesses simétricos entre escravizadores e escravizados nem que haja uma sociedade que estructurem comunicativamente as formas de vida diversas.

Para Habermas (1997), o direito como *medium* é auto-organizador de uma comunidade que se auto significa como associação voluntária de membros do direito livres e iguais na qual o *medium* do direito possibilita e operacionaliza a participação de todos os seus membros.

Habermas (1997) concebe o direito como *medium* da vida cotidiana ao buscar reconstruir a teoria do direito pela revisitação à sociologia jurídica e à teoria de justiça com a redefinição do conceito de razão prática, com releitura dos direitos fundamentais, de constitucionalismo e do direito propriamente dito pela relação direitos humanos e fundamentais e soberania popular e releitura da relação direito e moral.

Na discussão do conceito de razão prática, Habermas (1997) rompe com o conceito kantiano de razão prática e reconstrói-o como razão comunicativa, considera uma racionalidade comunicativa no lugar da racionalidade prática, ou seja, a razão instrumental que orienta os egoísmos não se desvincula dos princípios da razão comunicativa: o egoísmo de cada um só é possível quando o de todos é garantido, não garantir um em detrimento de garantir outros fragiliza o de todos.

Na releitura do direito pela relação direitos humanos e fundamentais e soberania popular, Habermas (1997) retoma a afirmação kantiana de direito como liberdade e coerção, justificada a coerção como garantia de liberdade e com isso considera como direitos humanos e direitos fundamentais os direitos à liberdade subjetiva, o mais livre possível para conduzir suas vidas. E para isso há que haver garantias sociais, técnicas e ecológicas na medida em que cada povo e cada cultura consideram como necessárias para o exercício das liberdades subjetivas, o que permite afirmar que só é direito na racionalidade moderna o que é aceito por todos e só é constituição se for democrática e tiver como fundamento os direitos fundamentais.

O autor referido categoriza os direitos humanos e fundamentais como:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
- (2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.
- (3) Direitos fundamentais que resultem imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (HABERMAS, 1997, p.159)
- (...)
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo (HABERMAS, 1997, p. 169).
- (...)
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdades de chances, dos direitos elencados de (1) a (4) (HABERMAS, 1997, p. 160).

Vale ainda considera que a categorização que o autor faz não deve ser lida como etapas ou gerações de direitos, mas que os direitos fundamentais são as iguais liberdades subjetivas de ação e as demais categorias são as viabilizadoras das referidas garantias.

Quanto à relação direito e moral, Habermas (1997) considera que direito e moral são co-originários e que se complementam discursivamente no discurso de justificação das normas e nos processos de interpretação da aplicação da norma nos discursos de fundamentação das decisões judiciais, portanto com simultaneidade na origem e complementaridade procedimental, com separação funcional e com objetividade deontológica.

Na perspectiva teórica de reconstrução feita por Habermas (1997), só é possível referir como direito propriamente dito no contexto brasileiro a partir da Constituição de 1988. É a primeira constituição que trata todos como semelhantes pela garantia de igualdade como direito fundamental.

Já no preâmbulo, anuncia o direito em que todos são semelhantes:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinada assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte (CF-88, preâmbulo)

As evidências de todos como semelhantes está em “povo brasileiro”, “Estado Democrático”, direitos garantidos: direitos sociais e individuais, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e o fundamento na harmonia social.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Os fundamentos soberania, cidadania e dignidade também evidenciam o direito em que todos são semelhantes.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nos objetivos, ou seja, o “para que” constitucional, novas evidências do direito como *medium* pelas categorias “o bem de todos”, “reduzir desigualdades” e “promover o bem de todos”.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;

- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Nos princípios, a evidência de direito como *medium* está na prevalência dos direitos humanos. Já o segundo título da CF-88, traz a enumeração das garantias fundamentais do Estado Brasileiro: art. 5º, as garantias propriamente ditas, na perspectiva de Habermas (1997), as liberdades subjetivas, incluído o direito de petição; no 6º e 7º, os direitos sociais; do 8º ao 17º, as liberdades políticas:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO

I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (CF-88, art. 5º - *caput*)

Os direitos e garantias fundamentais positivados na CF-88 conta com as categorias teorizadas por Habermas (1997). O art. 5º conta com as 3 primeiras categorias: as liberdades subjetivas, o direito de ser membro da comunidade política e o direito de petição. Os artigos 8º ao 17 são os direitos de participar da política, a 4ª categoria e os artigos 6º e 7º são os direitos sociais e as garantias técnicas pela educação, que se encontra nos art. 209 a 214, a educação, e os art. 218 e 219, da ciência e da tecnologia. A garantia ecológica está no art. 225.

Ainda no âmbito da CF-88, há três instrumentos normativos: o repúdio ao racismo, como princípio no art. 4º; o racismo como crime inafiançável, no art. 5º “ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”; proteção à cultura afro-brasileira nos art. 215, “valorização da diversidade étnica e regional” e 216 “ §5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” e o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que determina a titulação das terras quilombolas aos remanescentes dos quilombos.

Há ainda a legislação especializada, tais como: A Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; a Lei nº 10.639/03, que estabelece a obrigatoriedade do ensino da história e cultura afro-brasileiras e africanas nas escolas públicas e privadas do ensino fundamental e médio; o Estatuto da Igualdade Racial, a Lei nº 12.288/2010, destinado a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância com a diretriz de inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira, com a garantia dos direitos fundamentais à saúde, educação, cultura, esporte e lazer, direito à liberdade religiosa, do acesso a terra e à moradia, dentre outras garantias e a Lei nº 12.711/2012, que definiu cotas para o ensino superior.

É possível sintetizar que na CF-88 há as garantias fundamentais e mais os instrumentos da tipificação do racismo, da proteção à cultura afro-brasileira e garantia de terras para os remanescentes dos quilombos. E na legislação especial há a garantia de promoção do ensino da história da África, a condenação da prática de racismo, e os direitos fundamentais específicos para atender a especificidade da desigualdade racial, portanto, configuram-se, no plano legislativo, todas as garantias para os afro-brasileiros como semelhante.

Cabe sempre questionar como são efetivadas as garantias e se são efetivadas, seja no plano da administração pública em forma de políticas públicas pelo Poder Executivo, seja como decisão judicial, pelo poder judiciário, seja nos atos legislativos, considerando que a população negra visivelmente não goza de garantia de igualdade racial. Há expressões de racismo com frequência, seja nos meios de comunicação, seja no cotidiano da escola, do trabalho, nas redes sociais, em todos os ambientes vividos, especialmente, em razão da política de cotas, da Lei nº 12.711/2012, cotas para o ensino superior, e as cotas fomentadas pelo Estatuto da Igualdade Racial.

Como se justifica a situação de racismo e de intolerância diante de leis tão boas e tão precisas na garantia dos direitos fundamentais aos afro-brasileiros que pode sim ser considerado o direito como *medium* das relações cotidianas?

A resposta a esta questão será adensada no segundo item do artigo. Mas de antemão é possível afirmar que o direito não se trata apenas de leis, mas está implicado especialmente nas instituições que tornam concretas as políticas públicas que enfrentam a desigualdade racial e as instituições que produzem a decisão judicial. E elaborar a lei parece acionar as esferas do pensamento racional, mas colocar em prática implica em enfrentamento à cultura racista incrustada no imaginário de cada um e que nunca contou efetivamente com enfrentamento nem social, nem

institucional, considerando a orientação teórico-ideológica que considerou o Brasil como democracia racial de Gilberto Freyre (2004).

1.2. O peticionamento de Esperança Garcia e de Comunidades quilombolas

Peticionar ao poder soberano é acionar uma das garantias dos direitos fundamentais referidas por Habermas (1997) na condição de membro da comunidade política e como membro é considerado igual, um semelhante.

Mesmo havendo um direito que não se configura como direito propriamente dito, no período anterior à CF-88, especialmente, no período da escravização dos africanos no Brasil, tal situação não impediu que os afro-brasileiros e os africanos escravizados no Brasil se valessem da condição de pertencente à nação portuguesa e depois à Brasileira e apresentassem pedidos ao poder soberano. Como justificar o acionamento do direito de petição feito no período da escravidão?

O escravo não era assemelhado ao branco, mas era súdito do rei. E como súdito do rei os afro-brasileiros passaram a peticionar ao Conselho Ultramarino e a autoridades locais, especialmente, no contexto iluminista. Segundo Parron (2008):

Afora o universo econômico, a produção cultural portuguesa também sofreu radical transformação, sobretudo em 1759, quando a Companhia de Jesus foi expulsa de todo o império. Nesse mesmo ano, o ensino secundário, antes confiado aos inicianos, ganhou estatutos novos, que deviam emoldurar a imagem moderna do súdito português. Em suas instruções aos recém-admitidos professores, a monarquia idealizava o tipo de aluno que gostaria de formar: cristão, bom súdito e ilustrado. (...) Finalmente, o governo português emitiu uma série de medidas para reformar as relações sociais no Reino, na América e na Ásia. De 1755 a 1773, súditos antes despojados de direitos civis elementares foram gradualmente elevados à condição de vassalos europeus, deixando de carregar estigmas juridicamente regulamentados de ascendência étnica e religiosa.

Índios americanos, nativos asiáticos, cristãos novos e escravos africanos em Portugal constituíram os grupos humanos explicitamente beneficiados pela inédita inclusão na sociedade civil (PARRON, 2008, p. 95)

No mesmo sentido, Precioso (2010) considera que na segunda metade do século do século XVIII, negros, crioulos e pardos na condição legal de escravo, tanto individualmente quanto coletivamente passaram a peticionar ao rei de Portugal, especialmente, ao Conselho Ultramarino.

A Carta da Escrava Esperança Garcia, identificada por Luiz Mott (2010), pode fazer parte da intencionalidade referida pelos autores: aproveitar a nova conjuntura com mais garantias para

requerer melhores condições. Ocorre que a petição de Esperança Garcia não pede alforria, nem se aventura por pedido fora da legalidade.

Eu Souhua escrava de V.S. da administração do Cap^a m Ant^o Vieira de Couto, cazada. Desde que o Cap^amp^a Lá foi adeministrar, q. me tirou da fazd^a dos algodois, aonde vevia com meu marido, para ser cozinheira da sua caza, onde nella passomt^o mal. A Primeira hé q. ha grandes trovadas de pancadas enhum Filho meu sendo huã criança q. lhe fezestrais sangue pella boca, em mim não poço esplicar q Sou hucolcham de pancadas, tanto qcahyhuã vez do Sobrado abachopeiada; por mezericordia de DsesCapei. A segunda estou eu e mais minhas parceiras por confeçar a tresannos. E huã criança minha e duas mais por Batizar. Pelloq Peço a V.S. pello amor de Ds. e do Seu Valim T^o ponha aos olhos em mim ordinando digo mandar a Porcurador que mande p. a Fazd^a aonde elle me tirou p^a eu viver com meu marido e Batizar minha Filha de V.Sa. sua escrava EsPeranCa Garcia

A petição tem o perfil jurídico de membro da comunidade política como se fosse um semelhante e que aceitasse a sua condição jurídica, reclamando apenas das condições em que se encontra: separação do marido, maus-tratos dela própria, do filho e de outras escravas. Demonstra conhecer a função de autoridades como o procurador e o poder que o governador tem sobre o mesmo, configurando-se como atuação institucional.

Título II – Funções municipaes - Livro I das Ordenações Filipinas Art. 59. Participarão ao Conselho Geral os maos tratamentos, e actos de crueldade, que se costumem praticar com escravo indicando os meios de preveni-los.

(...)

Decreto 1695 de setembro de 1869, que *Prohibe as vendas de escravos debaixo de pregão e em exposição publica*

Art. 2^o. Em todas as vendas, escravos ou sejam particulares ou judiciaes, he prohibido, sob pena de nullidade, separar o marido da mulher, o filho do pai, mãe, salvo sendo os filhos maiores de 15 annos.

Consta como proteção aos escravos a obrigação de a autoridade municipal comunicar ao conselho geral maus tratos e atos de crueldade contra os escravos e mais tarde a proibição de separação da família, o que configura o enquadramento jurídico do pedido da Carta de Esperança Garcia na legislação em vigor e ainda a relação com a tendência das mudanças que estavam por vir no contexto histórico, portanto a petição de Esperança enquadra-se tecnicamente como petição judicial.

Não é conhecido desfecho da demanda apresentada por Esperança Garcia, mas há um documento semelhante à petição de Esperança Garcia, também identificada por Mott (2010), que reafirma o pedido apresentado e esclarece os maus-tratos a que se refere a Carta de Esperança Garcia:

Conta que dou a V. Sa. da residência de Nazaré, que é procurador o Capitão Antonio Vieira do Couto: (ele) tirou uma escrava chamada Esperança, casada, da fazenda de Algodões e não tem concedido tempo algum para a dita ir fazer vida com seu marido, vendo apertada com vários castigos tem fugido por várias vezes e o dito Capitão tem posto tão tímida a dita em forma uma quinta feira deu tanta bordoadas com um pau e com ela no chão e depois jurou que havia de amarrar dita escrava se arretirou com dois filhos, um nos braços, de 7 meses e outro de 3 anos; até o presente não tem tido notícia dela e tem feito umas correias para castigar e diz que veio para ensinar os ditos escravos. Tem mostrado como os escravos tem experimentado que tem clamado contra o dito procurador até que foi ouvido da intercessão de V. Sa. veio uma portaria até a fazenda da Serrinha e como tem um padrinho que orou para o dito Procurador não teve (realização) do seu mau instinto, em forma que aperta os ditos escravos (que) não têm descanso. Todas as noites trabalham sem descanso algum, sendo preto velho e se fora moço, tudo podia a mocidade suportar. Como no sustento do dito, muito mal que não come farinha que a fazenda faz, porque serve para ajuntar com a que o dito procurador faz para seu negócio, do que pedindo licença o intercessor de V. Sa., não quis consentir em forma alguma do que contra a ordem, dizendo que era dos seus escravos. Que estorva os ditos escravos para o seu serviço em socar mamona, em desmanchar mandioca e outro serviço. Até tirou algumas escravas para fiar algodão e diz, como no ano passado, que era para (trabalharem) na fazenda e fez redes para seu negócio e não tem dado cumprimento algum na sua obrigação, não tem corrigido as ditas fazendas faltando a sua obrigação, tendo o criador da fazenda Tranqueira certas rezes em particular (e) querendo dar esta conta a V. Sa. Como pai e Sr. põe os olhos de piedade em ver estas lástimas porque não tem quem fale por estes mais que a misericórdia de V. Sa. abaixo de Deus, pois os ditos escravos não tem outro jazigo senão o amparo de V. Sa. (MOTT, 2010, p. 142-143).

Não restam dúvidas de que a Carta de Esperança Garcia se trata de ato de resistência, mas um tipo específico de resistência: uma atuação como membro da sociedade escravocrata que denuncia e pede proteção do Estado, como um habeas corpus, numa expressão de exercício da advocacia em nome próprio e de outras mulheres que também sofriam maus-tratos.

Os outros peticionamentos aqui eleitos são os de três comunidades contemporâneas quilombolas: Artur Passos, município de Jerumenha – PI, Periperi, município de Amarante – PI e da Comunidade Olho d'água dos Azevedos, já no contexto da CF-88, fundado no art. 68 do ADCT – CF-88 e no seu decreto regulamentador, o Decreto 4887/2003.

As três comunidades autodeclararam-se quilombolas, duas encaminharam suas auto declarações à Fundação Cultural Palmares, conseguiram a certificação como comunidade quilombola pela referida fundação e a outra desistiu de buscar o direito ao território pela legislação específica e optou pelas regras gerais de reforma agrária.

A diferença entre os dois peticionamentos consiste em: o peticionamento quilombola ocorre em Estado Democrático de Direito, sendo os peticionantes semelhantes ou iguais a todos os cidadãos nacionais e o de Esperança Garcia configurou-se fora de um Estado brasileiro, organizado por regras que não podem ser afirmadas como direito nem como democracia, mas em ambos os casos os

pedidos são feitos de uma perspectiva de membro da comunidade política sem deixar de considerar as diferenças abissais entre as formas de pertencimento: num como escravo e noutra como cidadão livre.

As diferenças abissais são reduzidas na medida em que se observa as evidências das atuais comunidades quilombolas, especialmente, a Comunidade Olho d'água dos Azevedos, que permanece, há mais de cem anos da abolição, sem terras, sem autonomia e com muitas carências na vida socioeconômica, educação e saúde, fazendo parecer que a qualidade da cidadania vivida atualmente não aparece muito diferente, nas condições socioeconômicas, graças a forma como foi abolida a escravidão no país sem enfrentar as estruturas racistas históricas, sem nenhuma garantia social e econômica para viver como livre.

Os encaminhamentos dos peticionamentos das atuais comunidades quilombolas também não estão muito diferentes do de Esperança Garcia. É provável que o pedido de Esperança Garcia não tenha tido nenhum tipo de resposta. Os pedidos das comunidades, alguns com mais de dez anos, até agora tem sido respondido com a lentidão da burocracia estatal, expressando racismo institucional.

II – Etnodireito e o ensino jurídico

Tomando etnodireito como direito pelo pertencimento sociocultural, ou seja, a significação das normas pelo pertencimento a cada comunidade política, vale referir que todo o direito seria etnodireito. Mas a tradição jurídica da racionalidade ocidental eurocêntrica assim não se configurou, o que poderia ser etnodireito se efetiva como uma perspectiva epistêmica eurocêntrica monocentrada de direito.

A oportunidade para problematizar o viés referido do direito se deu por ocasião das discussões no processo de construção de dois projetos político-pedagógicos para atender a demanda de Comunidades quilombolas por ensino numa perspectiva de etnoeducação, carecendo, portanto de releitura dos vieses epistemológicos, teóricos e metodológicos do que poderia ser a oferta do ensino. O ponto de partida se deu sob a justificativa de busca de efetividade dos artigos 215 e 216 da CF-88 que reconhece a cultura do povo negro como patrimônio brasileiro, bem como do artigo 68 do ADCT da CF-88.

Parto do pressuposto de que os cursos de direito existentes não formam profissionais para as questões pertinentes às comunidades quilombolas, e, também, a falta de formulação, no campo do conhecimento jurídico, de categorias e instrumentos adequados à realidade dos quilombolas. A carência de formação para o desenvolvimento de habilidade em relação aos temas sobre etnicidade

negra, cultura, história afro-brasileira, direitos territoriais e socioambientais de comunidades rurais negras é uma problemática que tem origem na forma de constituição da nação brasileira, sendo consequência das relações secularmente hierarquizadas entre brancos e negros, e o reflexo da invisibilização dessa questão pela historiografia oficial.

A problemática, aqui, se configura a partir de dois âmbitos: a realidade histórica e social das comunidades quilombolas e o formato dos cursos de direito e da produção do conhecimento jurídico. No primeiro, temos como herança histórica de 388 anos de escravidão dos negros e das negras, em 516 anos de Brasil. À abolição da escravidão não se seguiram políticas ou direitos ao povo negro que minimamente promovesse sua integração. Ainda mais grave que isso, a Lei de Terras de 1850, como já referido, cuidou para que, ao serem livres, não pudessem mais adquirir terras pelo uso e ocupação, mas somente pela compra, o que, além da herança cultural de inferiorização, o colocou a margem da sociedade brasileira.

No segundo âmbito, o curso de Bacharelado em Direito, tanto em seu conteúdo, como em relação a seu acesso tem caráter elitista, sendo historicamente ocupado pelas classes economicamente privilegiadas, o que, em um país de trajetória escravocrata, também equivale a brancos. Nesse sentido, o conteúdo privilegiado na composição do currículo é eminentemente voltado às relações hegemônicas, nas quais as problemáticas do povo negro e quilombola são invisibilizadas.

É importante ressaltar que em nosso ordenamento jurídico existem direitos e instrumentos que estão diretamente relacionados com os quilombolas e seus territórios, como referido na primeira parte do texto. Entretanto, os conteúdos referidos sequer aparecem na estrutura curricular e, ainda, no que existe, não é dada a necessária visão étnica, histórica e cultural. Exemplo são os Direitos Humanos, que se trata de ramo do direito valioso para a luta das comunidades quilombolas por dignidade, entretanto na maioria dos cursos de direitos não constitui disciplina obrigatória, e mesmo que o seja, a visão é plenamente eurocêntrica.

Nesse sentido, numa esfera na qual são elaboradas, aplicadas e avaliadas as normas que organizam a sociedade, ocupada, hegemonicamente, pelo seguimento do povo brasileiro que historicamente se beneficiou da estrutura opressora dessa sociedade, tem a consequência de reproduzir a estrutura opressora da sociedade vigente, através da invisibilização e produção de conteúdo que deslegitima e até mesmo criminaliza os setores oprimidos. Portanto, é imprescindível para uma real democratização do sistema jurídico e das instituições democráticas, que este campo seja ocupado por todos os seguimentos que compõem a sociedade brasileira, reforçando assim, a necessidade de revisão epistêmica, teórica e metodológica do ensino jurídico.

Vale ainda considerar que o dispositivo constitucional que garante a propriedade do território quilombola foi regulamentado em 2003 pelo Decreto 4887, produzindo um processo de ampliação das mobilizações pela efetivação do citado dispositivo constitucional. O referido processo de mobilização elevou a quantidade de comunidades quilombolas autoidentificadas no Estado do Piauí somando no presente em torno de 150 comunidades, destas 82 são certificadas pela Fundação Cultural Palmares até o ano de 2015.

As duas garantias, a de educação e à de territorialidade, configuram-se como necessidade básica para o exercício do direito subjetivo base, o de cidadania, sendo a população negra quilombola pertencente ao escopo constitucionalista brasileiro, cabendo-lhes o protagonismo da sua vida como sujeito constitucional no exercício de suas liberdades.

Considero ainda a violação de direitos, descumprimento das normas, inclusive o não cumprimento da Lei nº 10.639/03, que determina o ensino da história e cultura da

África e o não cumprimento da determinação pela contextualização do ensino pela LDB

– Lei 9394/96, art. 28, que determina que “os sistemas de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região, especialmente”.

A não contextualização do ensino jurídico e o difícil acesso ao mesmo impede a formação de cultura jurídica na perspectiva de etnodireito com juristas negros que possam dispor dos meios para o exercício da liberdade de escolha da profissão e sair do lugar de condenado da escravidão, que possa atuar futuramente como pesquisador, docente ou técnico de direito, a partir do seu pertencimento étnico-racial e não contra o mesmo como tem feito o projeto de ensino brasileiro ao relegar os negros lugares de negação e violência para o povo negro contra o povo negro.

Considerações finais

A discussão realizada leva a considerar que a perspectiva do etnodireito como direito pelo pertencimento à comunidade política não se verificou no passado escravocrata em razão de ser o afro-brasileiro não pertencente à comunidade política de modo igual e também não verifica no presente em razão de as normas que garantem o igual pertencimento não se verificarem de modo eficaz.

É como se o avanço entre o passado e o presente estivesse no reconhecimento legal do igual pertencimento dos afro-brasileiros, mas que não se aplica à realidade em razão de inexistência de políticas públicas e/ou a distorção das mesmas de modo a repetir o passado, cabendo esforço da pesquisa e militância para ampliar e fortalecer a cultura de reconhecimento da igualdade racial

como forma de fortalecer os processos de efetivação e aplicação das normas vinculadas aos seus objetivos.

Referências

Bula Papal **Dum Diversas** de 18 de junho de 1452. In: <https://jarconsian.wordpress.com/tag/dum-diversas/> acesso em 22 de abril de 2016.

Brasil. **Código Criminal de 1830**. In: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763/> acesso em 22 de abril de 2016.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 49ª Ed. São Paulo: Global, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

LIMA, Solimar Oliveira. **Esperança. Nossa consciência tem nome**. In: **INFORME ECONÔMICO** Ano 10 – nº 22 - nov./dez. 2009. jan. 2010.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. | Ordenações e leis do Reino de Portugal. In: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733/> acesso em 22 de abril de 2016.

PRECIOSO, Daniel. **Legítimos vassalos: pardos livres e forros na Vila Rica colonial (1750- 1803)**. Franca, SP: Dissertação (Mestrado em História) - FHDSS/UNESP, 2010.

PARRON, Thâmis. A Nova e Curiosa Relação (1764): escravidão e Ilustração em Portugal durante as reformas pombalinas. In: **Revista Alamanack Braziliense** nº 08 nov 2008. pp: 92-107.

MOTT, Luiz. **Piauí colonial: população, economia e sociedade**. Teresina: APL, 2010, p. 142-143.