

*Organizadoras*

Fernanda Correa Osório  
Fernanda Martins  
Renata Guadagnin  
Thaís Odorissi

# A pesquisa acadêmica é para todo mundo

*Autoras*

Giovana Lucca  
Luise Budde Mior  
Caroline Reolon Scariot  
Rosália Maria Carvalho Mourão  
Nathalia de Castro e Souza  
Caroline Miranda Barbosa

**tirant**  
lo blanch

Organizadoras:

**Fernanda Correa Osório**  
**Fernanda Martins**  
**Renata Guadagnin**  
**Thaís Odorissi**

**A PESQUISA  
ACADÊMICA É PARA  
TODO MUNDO**



**tirant**  
lo blanch

**Copyright**© Tirant lo Blanch Brasil

*Editor Responsável:* Aline Gostinski

*Assistente Editorial:* Izabela Eid

*Diagramação e Capa:* Diego Eduardo Dill

**CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

L967

Lucca, Giovana

A pesquisa acadêmica é para todo mundo  
[livro eletrônico] / Giovana Lucca...[et. al.].  
Fernanda Correa Osório, Fernanda Martins,  
Renata Guadagnin, Thaís Odorissi (org.). –  
1.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022.  
2.161 kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-334-3

1. Direito. 2. Pesquisa acadêmica. I.  
Título

CDU: 340

*Bibliotecária:* Elisabete Cândida da Silva - CRB-8/6778

*DOI:* 10.53071/BOO-2022-05-17-6283AF6D7F84F

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).*



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio n° 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: [editora@tirant.com](mailto:editora@tirant.com) / [atendimento@tirant.com](mailto:atendimento@tirant.com)

[www.tirant.com/br](http://www.tirant.com/br) - [www.editorial.tirant.com/br/](http://www.editorial.tirant.com/br/)

Organizadoras:

**Fernanda Correa Osório**  
**Fernanda Martins**  
**Renata Guadagnin**  
**Thaís Odorissi**

# **A PESQUISA ACADÊMICA É PARA TODO MUNDO**

**Autoras:**

Giovana Lucca  
Luise Budde Mior  
Caroline Reolon Scariot  
Rosália Maria Carvalho Mourão  
Nathalia de Castro e Souza  
Caroline Miranda Barbosa



**tirant**  
lo blanch

# SUMÁRIO

**OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E O IMPERATIVO DE TUTELA DO ESTADO – UMA ANÁLISE SEGUNDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE ..... 6**

*CAROLINE MIRANDA BARBOSA*

**OS MARCOS NORMATIVOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE CULTURA NO BRASIL..... 38**

*CAROLINE REOLON SCARIOT*

**O PARADIGMA DE GÊNERO E AS EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS NA CONSTRUÇÃO DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA ..... 72**

*GIOVANA LUCCA*

**JURISPRUDÊNCIA SOBRE DELAÇÃO PREMIADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: EXPRESSÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL ..... 105**

*LUISE BUDDE MIOR*

**A (DE)COLONIALIDADE E A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS NO DIREITO INTERNACIONAL ..... 131**

*NATHALIA DE CASTRO E SOUZA*

**DISCURSO DE ÓDIO: HOMOFOBIA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO..... 163**

*ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO*

# OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E O IMPERATIVO DE TUTELA DO ESTADO – UMA ANÁLISE SEGUNDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Caroline Miranda Barbosa<sup>1</sup>

**RESUMO:** No presente artigo, pretende-se demonstrar a correlação entre a teoria dos mandados de criminalização e a adequada intervenção estatal na proteção dos direitos fundamentais, na perspectiva do princípio da proibição da proteção deficiente. Para tanto, num primeiro momento, será abordado o conceito de bem jurídico penal. Num segundo momento, será tratado sobre o princípio da proporcionalidade como importante instrumento na condução da atividade legiferante. Posteriormente, será abordada a importância da atuação positiva estatal na proteção de bens jurídicos e de que modo a proibição da proteção deficiente contribui para a concretização dessa tutela. Por fim, será estudada a teoria dos mandados de criminalização, seu conceito, fundamentos e suas implicações na seara jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; tutela penal; mandados de criminalização; proporcionalidade; proteção deficiente.

---

1 Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mediadora judicial em formação pela ESA-PR, Especialista em Direito Constitucional pelo Damásio Educacional e Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. email: carolinembarbosa@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O papel de centralidade que a Constituição tem ocupado nos sistemas jurídicos contemporâneos, nas últimas décadas, repercutiu, e muito, no modo como se é pensado e construído o Direito Penal. Nesse sentido, é majoritária a ideia de que a função do Direito Penal, de seus institutos e tipos penais, só é possível no horizonte da concepção de Estado e do modelo valorativo jurídico-Constitucional em que ela se traduz.<sup>2</sup>

Assim, a teoria dos mandados de criminalização se assenta no entendimento de que a Constituição, ao conceder dignidade penal a determinados bens jurídicos, obriga o legislador ordinário a conferir-lhes proteção por meio da norma penal.

No presente artigo, pretende-se mostrar que a observância dos mandados constitucionais de criminalização contribui, sobremaneira, para a concretização do dever de tutela do Estado, a fim de se evitar que bens jurídicos de grande magnitude e relevância sofram de proteção deficiente.

### 1. O BEM JURÍDICO COMO LIMITADOR DA AÇÃO PUNITIVA ESTATAL

Para tratar dos comandos constitucionais de criminalização, forçoso estudar, ainda que de forma breve, o conceito de bem jurídico. Isso porque, a teoria do

---

2 DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito Material apud OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem-jurídico penal e Constituição. São Paulo: PUC, 2011. p. 66. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

bem jurídico busca fornecer standards argumentativos que sirvam ao legislador para demonstrar a legitimidade de uma norma penal.<sup>3</sup>

Na lição de Ulfrid Neumann, a definição de bem jurídico presta-se, primordialmente, a limitar a ação punitiva estatal, sendo incompatível com um modelo de Estado autoritário, no qual se utilize da ordem jurídica para subjugar os cidadãos.<sup>4</sup> Nesse sentido, a teoria do bem jurídico pretende ser a teoria penal de um Estado de Direito secular, que seja regido em observância à primazia normativa do indivíduo e que situe a dignidade da pessoa humana no topo da ordem valorativa constitucional.<sup>5</sup>

Claus Roxin foi um dos expoentes da concepção constitucionalista de bem jurídico e defende que a única restrição que existe previamente à eleição do bem jurídico penal é aquela disposta nos princípios da Constituição.<sup>6</sup> Afirmou que “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa

---

3 NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: *Direito penal como crítica da pena* : Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). Madrid : Marcial Pons, 2012. p. 524.

4 NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. [...] p. 519.

5 NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. [...] p.522.

6 GODOY, Regina Maria Bueno de. A proteção dos bens jurídicos como fundamento do Direito Penal. São Paulo: PUC, 2010. p. 31.



concepção dos fins ou para funcionamento do próprio sistema”.<sup>7</sup>

Dentre as teorias que pretendem estabelecer o que se entende por bem jurídico penal, encontram-se as denominadas teorias constitucionais estritas, uma vez que defendem que os bens jurídicos penais devem ser buscados necessariamente e diretamente em valores constitucionais.<sup>8</sup> Para essa corrente, não é suficiente que a descrição do tipo penal não afronte a Carta Constituinte, é preciso, também, que a norma busque a proteção de valores que sejam efetivamente reconhecidos na Lei Maior.<sup>9</sup>

Luiz Regis Prado, defensor do que ele chamava de uma teoria constitucional estrita temperada, afirma que o bem jurídico deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico disposto na Constituição e a noção de Estado democrático e social de Direito, sendo a constituição o paradigma do legislador penal infraconstitucional.<sup>10</sup>

Assim, é de se notar a elevada importância dada aos valores radicados no sistema constitucional, na medida em que se equipara os bens jurídicos às determina-

---

7 ROXIN, Claus. Derecho Penal, 2006 apud OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem-jurídico penal e Constituição [...] p. 53.

8 ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal [...] p. 302.

9 OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem-jurídico penal e Constituição [...] p. 88.

10 PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 52-53.

ções necessárias para o desenvolvimento do indivíduo (centralidade da dignidade humana), à concretização de seus direitos fundamentais e ao funcionamento da estrutura estatal.

É possível asseverar, conforme ensinamento de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que não apenas a doutrina estrangeira evidencia o vínculo do conteúdo entre o bem jurídico penal e o diploma constitucional, mas que o conceito atual de bem jurídico se encontra fortemente arraigado aos valores garantísticos inerentes à Carta Magna, de modo que a liberdade há de ser confrontada com o objeto da tutela que se almeja construir.<sup>11</sup>

Nesse sentido, Ulfrid Neumann, leciona que a Lei Maior serve como parâmetro mesmo para as teorias sobre o bem jurídico que, aparentemente não apresentam menção ao imponente diploma, pois “também concepções que, sem referência à Constituição, definem o bem jurídico como interesse merecedor de proteção pelo direito (penal), pleiteiam a integração do modelo a um contexto normativo e argumentativo do direito constitucional”.<sup>12</sup>

Logo, considerando-se a necessidade de cautela na avaliação e na escolha de quais bens devem ser obje-

---

11 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

12 NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal [...] p. 528.

to da proteção do Direito Penal, ou seja, daqueles cuja lesão ou perigo de lesão configurará crime, há que se reconhecer a importância do princípio da proporcionalidade como instrumento para alcançar tal objetivo. Ora, não se pode esquecer, como nos alerta Santiago Mir Puig, que a tutela, por meio do Direito Penal, de determinados bens, ocasiona também lesão aos direitos do condenado.<sup>13</sup> Assim, a proporcionalidade colabora para que se estabeleça os limites da intervenção penal, ou seja, quais condutas efetivamente devem ser criminalizadas ou não.

No escólio de Luiz Regis Prado, em sua obra “Bem jurídico-penal e Constituição”, o legislador ordinário deve se socorrer dos princípios penais de natureza constitucional para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal.<sup>14</sup> Desse modo, sabe-se que outros princípios, que não o da proporcionalidade, também servem de parâmetro para a definição do bem jurídico penal, como os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e o metaprincípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Porém, para os fins limitados do presente artigo, será analisado apenas o princípio da proporcionalidade.

---

13 MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del “*ius puniendi*”. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV, 199. Cursos e Congresos nº 64. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. p. 211. Disponível em: <<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4205>> Acesso em: 09 ago. 2021.

14 PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição [...] p. 83.

## 2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUAS DUAS VERTENTES: A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Na lição de Miguel Carbonell, o princípio da proporcionalidade é uma importante ferramenta interpretativa para a concretização do catálogo de direitos fundamentais trazidos pelas Constituições democráticas.<sup>15</sup> A proporcionalidade se mostra relevante na medida em que aceitamos que não existem direitos absolutos e que, por meio dessa diretriz, se discute de que maneira e quais são os requisitos necessários à limitação dos direitos.<sup>16</sup>

Inicialmente, cumpre anotar que os direitos fundamentais, enquanto valores a serem protegidos constitucionalmente, apresentam uma dimensão negativa e positiva. Na primeira delas, os direitos fundamentais constituem limites negativos à atuação do Estado, impedindo ingerências indevidas.<sup>17</sup> Já na sua dimensão positiva, ao atuar na função de deveres de proteção, exige-se uma atuação do Estado, obrigando-o a intervir

---

15 CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 10. Disponível em: <<https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretaci%C3%B3n-constitucional/file>> Acesso em: 09 ago. 2021.

16 CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional [...] p.10.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, 2004. p. 94.

de maneira preventiva ou repressiva, mesmo em caso de agressão de bens oriunda de outros particulares, a legitimizar a ideia de que o Estado é detentor do monopólio da aplicação da força, sendo dele o *ius puniendi*.<sup>18</sup>

Desse modo, o poder estatal é responsável por garantir, de maneira positiva, a proteção efetiva dos direitos fundamentais. Dentre as formas possíveis de tutela, a que se entende por mais efetiva, e também a mais hostil, é a que se exerce por meio do Direito Penal, sendo assim encarada devido ao fato de suas sanções restringirem o direito de liberdade pessoal do indivíduo (direito de ir, vir e ficar).

Portanto, considerando o paradigma garantista de nossa Carta Magna e o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o ato de criminalizar condutas não pode ser realizado sem observância de pressupostos materiais, sobretudo do princípio da proporcionalidade, a fim de limitar o poder punitivo estatal.<sup>19</sup> Logo, o dever de proteção dos bens por meio de uma intervenção penal, carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento e exige especial cuidado no seu controle, o que acontecerá, repise-se, apenas se a atuação for balizada pela proporcionalidade.<sup>20</sup>

---

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 95.

19 ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal [...] p. 274.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 95.

Nesse sentido, a proporcionalidade apresenta-se como um princípio democrático de direito que compara perdas e ganhos resultantes da atividade repressiva e punitiva do Estado, considerando-se os objetivos do sistema em otimizar os direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade.<sup>21</sup>

Para Lênio Luis Streck, na ótica da proporcionalidade aplicada ao Direito Penal, se protege “o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado e protege igualmente a sociedade e seus membros dos abusos do indivíduo”<sup>22</sup>. O autor traça um paralelo dessas duas perspectivas que, segundo ele, seriam correspondentes, na primeira delas, ao Estado de Direito, enquanto protetor da liberdade individual; e na segunda, ao Estado Social, que preserva o interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Portanto, a proporcionalidade objetiva otimizar a proteção dos bens jurídicos em confronto, na medida em que evita o sacrifício desnecessário ou exagerado de um bem em proveito da tutela do outro, sendo realizada por meio de uma justa ponderação dos interesses em questão.<sup>23</sup> A centralidade do conceito de propor-

---

21 FLACH, Michael Schneider. Mandados de Criminalização, tutela penal e Constituição. Revista Jurídica ESMP-SP, v.7, 2015, p. 161.

22 STRECK, Lênio. A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2021.

23 SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos, 2006. apud FLACH, Michael Schneider. Manda-

cionalidade está ligada às ideias de moderação, justiça, temperança, prudência, equidade, entre outras.

É certo que o Estado, ao efetivar seu dever de proteção, pode acabar por afetar de maneira imoderada o direito fundamental de quem esteja sendo acusado de violação de direitos fundamentais de terceiros. Ou seja, deve-se sopesar se é pertinente tolher o direito de liberdade do agente, mediante a imposição da sanção penal e com vistas à tutela do direito de outrem, quando a lesão ao bem seja de menor relevância.<sup>24</sup> Assim, uma das faces do princípio da proporcionalidade é a proibição do excesso, como “um limite às limitações dos direitos fundamentais”.<sup>25</sup> Também é denominado por alguns autores como “princípio de menor ingerência possível”.<sup>26</sup>

Assim, a proporcionalidade é utilizada de modo recorrente como critério material para o controle de constitucionalidade de leis que restringem direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o princípio atua no plano da proibição do excesso e se desdobra em três elementos (subprincípios ou momentos metodológicos): exigên-

---

dos de Criminalização, tutela penal e Constituição. p. 160.

24 ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal [...] p. 291.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 98.

26 PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, v. 1, nº 1, 2015. p. 222.

cias de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>27</sup>

Lado outro, é possível que o Estado não cumpra seu dever de proteção ao agir de modo insuficiente, ou seja, atuando abaixo dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou até mesmo deixando de agir, o que deve ser controlado por meio do denominado princípio da proteção insuficiente ou *Untermassverbot*, sendo esse encarado como outra modalidade ou um outro plano de interpretação da proporcionalidade.<sup>28</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet aponta ao menos um ponto de convergência entre as categorias da proibição de excesso e da insuficiência, que é o da necessidade da restrição ou da exigibilidade do imperativo de tutela que incumbe ao Poder Público, dentro da ideia de que o Estado não deve atuar com demasia, nem de modo insatisfatório para o alcance de seus objetivos.<sup>29</sup>

Considerando-se que o presente trabalho pretende estudar os mandados constitucionais de criminalização, a análise do princípio da proporcionalidade será realizada com enfoque maior na atividade legislativa de criação dos tipos penais. Considerando-se, ainda, que a

---

27 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 101.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 98.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 105.



vertente da proibição da insuficiência apresenta maior correlação com os fins deste artigo, iremos nos deter, de forma prioritária, ao seu exame.

### **3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE COMO FERRAMENTA DA ATIVIDADE LEGIFERANTE**

O princípio da proibição da proteção deficiente pode ser definido como um “critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção”.<sup>30</sup>

A proibição da insuficiência se apresenta de todo relevante em vista do papel do Estado de concretizar não apenas as liberdades negativas, mas de garantir a proteção social dos indivíduos contra condutas de terceiros, além de dar sentido ao status constitucional a que foi elevado o direito à segurança (artigo 5º, caput, CF/88).<sup>31</sup> Violando-se o direito à segurança, em vista de proteção aquém do mínimo constitucionalmente exigido ou ante a ausência de normatização necessária, está-se diante de hipótese de aplicação do princípio.

---

30 STRECK, Lênio. A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança [...] p. 16.

31 GAVIÃO, Juliana. A proibição de proteção deficiente. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, nº 61, 2008. p. 106. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1246460827.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf)> Acesso em: 24 jul. 2021

Essa faceta da proporcionalidade foi elevada a princípio constitucional pelo Tribunal Constitucional alemão, no ano de 1993, em uma decisão a respeito do aborto, quando o princípio ganhou destaque na comunidade acadêmica internacional (BverfGE 88, 203).

No caso, dentre outras irresignações, a Corte alemã foi acionada acerca da inconstitucionalidade da lei que trazia como regra o não sancionamento penal do aborto realizado dentro do prazo de doze semanas, contados a partir da concepção e quando resultasse de um estado geral de necessidade da mulher, o que se referia à sua carência financeira.<sup>32</sup> Foi necessário ponderar sobre os bens conflitantes, quais sejam, a vida humana intrauterina e os direitos fundamentais da mulher gestante, a fim de que se chegasse a uma proteção adequada e, ao mesmo tempo, efetiva (proibição da insuficiência)<sup>33</sup>. Naquela oportunidade, o Tribunal Constitucional alemão salientou que o Estado deve tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha uma tutela que seja ao mesmo tempo adequada e eficaz.<sup>34</sup>

---

32 MARTINS, Leonardo (Org). Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Berlim: Konrad-Adenauer Stiftung. p. 273. Disponível em: <[http://www.mpf.mpf.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-urisprudencias/50\\_anos\\_de\\_jurisprudencia\\_do\\_tribunal\\_constitucional\\_federal\\_alemao.pdf/view](http://www.mpf.mpf.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-urisprudencias/50_anos_de_jurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view)> Acesso em: 20 ago. 2021.

33 MARTINS, Leonardo (Org). Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão [...] p. 280.

34 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria

Não se pode deixar de anotar que o princípio da proibição da proteção deficiente não foi tão estudado e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência em comparação com o princípio da proibição do excesso, que impõe limites à atuação estatal<sup>35</sup>.

O princípio ganhou destaque na comunidade jurídica ao ser expressamente mencionado na decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1993, comentada acima. Além disso, também foi abordado em considerável número de casos naquela Corte, como numa ação que discutia a admissibilidade de limite de ingestão de álcool permitido para motoristas, outra que discutia sobre a admissibilidade formal de uma lei que regulamentava a circulação de carros em vista da necessidade da proteção da camada de ozônio e voltou a ser comentado numa decisão de 1998 sobre a regulamentação da lei de interrupção de gravidez do estado da Baviera, para citar alguns.<sup>36</sup>

Para Luciano Feldens, em importante trabalho no qual se debruçou sobre o assunto, a proibição da proteção deficiente deve ser encarada como uma ferramenta teórica para a determinação da medida do dever

---

do Advogado, 2005. p. 108.

35 CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidade: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional. CARBONELL, Miguel (Org). Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 127.

36 CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidade: entre el exceso por acción y la insuficiencia[...] p.127.

de legislar. Explica que por meio desse recurso à proibição da insuficiência, busca-se “identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela”.<sup>37</sup> Tal padrão, no entendimento de Feldens, poderia ser exigido também do legislador penal quando de sua atuação, no que se caracterizaria como um limite inferior de seu espaço de configuração.

Nesse sentido, caso o legislador atuasse aquém daquele mínimo constitucionalmente assegurado, estar-se-ia colocando em risco determinado bem jurídico. Não é por acaso que Sarlet menciona sobre a diferenciada vinculação dos órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário ao princípio da proporcionalidade, na medida em que, aos órgãos legiferantes, “encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrollável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e aos órgãos jurisdicionais”.<sup>38</sup>

Feldens leciona que o espaço de atuação dos órgãos legiferantes estaria delineado por dois limites. O primeiro, pela proibição de uma tutela excessiva em prol do indivíduo que viesse a restringir sua liberdade, como já comentado, daí se extraindo a medida máxima; o segundo limite seria a proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, dela se

---

37 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 109.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais [...] p. 100.

extraindo a medida mínima de atuação legislativa.<sup>39</sup> Assim, segundo o autor, a zona de discricionariedade do legislador estaria delimitada pelos marcos normativos das medidas mínima e máxima.

Logo, normas que introduzissem em determinado ordenamento vigente uma situação de desproporcionalidade extrema entre os bens jurídicos passíveis de proteção, promovendo, em relação àqueles sabidamente mais valiosos, uma hipótese de evidente infraproteção, a ponto de representar notória irrazoabilidade, seriam afastadas por invalidade, num plano jurisdicional, em observância ao princípio em estudo.<sup>40</sup>

#### **4. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE COMO CONCRETIZADOR DO IMPERATIVO DE TUTELA DO ESTADO**

O princípio da proibição da insuficiência, embora não se confunda com o dever de proteção do Estado (imperativo de tutela), com ele exerce forte relação, como já comentado acima. Não custa mencionar que os imperativos de tutela compreendem, na lição de Canaris, a exigência de uma atuação positiva do Estado para “proteger bens jurídicos fundamentais perante intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado e de assegurar a sua efetiva capacidade”.<sup>41</sup> Assim, o Estado não

---

39 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 110.

40 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 110.

41 CANARIS, Claus Wilhelm. Direito Fundamentais e Direito Privado, 2003 apud FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p.

somente deve agir para a tutela de tais bens, como sua ação deve corresponder às exigências mínimas.

Salienta-se a peculiaridade inerente a esta temática quando contraposta com o princípio da proibição do excesso. É que enquanto na intervenção (possivelmente violadora de direitos do cidadão), a legitimidade da atuação do Estado é questionada em vista de uma medida específica (aquela que foi adotada em excesso), na hipótese de uma omissão estatal reputada ilícita (por violar um imperativo de tutela), a justificação se estabelecerá em face de uma variedade de medidas de possível adoção (civis, administrativas, penais, entre outras).

Feldens pontua que antes mesmo de se pensar em como o Estado deve agir, intervindo na seara penal, é necessário, anteriormente, identificar “se um direito fundamental detém, de todo, um dever de proteção”, ou seja, se da incorporação constitucional de um direito tido como fundamental, resultaria para o Estado um dever de proteção.<sup>42</sup> Após esse reconhecimento, seria necessário definir o modo como se daria essa intervenção.

Em que pese a difícil tarefa de determinar se o Estado deve agir positivamente em determinada situação para salvaguardar direitos fundamentais, Feldens, citando os ensinamentos de Canaris, apresentou alguns critérios para a resolução desse impasse.

---

99.

42 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 101.

Assim, para o reconhecimento de um imperativo de tutela, o primeiro critério consiste em identificar se o dever de proteção de um direito fundamental apresenta aplicação incondicional, quer dizer, com indiferença às peculiaridades do caso concreto, ou se existiriam margens de concretização dessa necessidade de intervenção do Estado, a serem estabelecidas no Direito Penal, de acordo com as graduáveis formas de agressão ao direito objeto da proteção.

Nesse sentido, Feldens pondera que “não é sob quaisquer circunstâncias que um determinado direito tido como fundamental merecerá proteção normativa (menos ainda, proteção jurídico-penal)”.<sup>43</sup> Desenvolvendo o raciocínio, o penalista explica que o imperativo de tutela depende não apenas da espécie de bem jurídico afetado, mas, essencialmente, da espécie de ofensa contra ele perpetrada.

Como segundo critério, encontra-se o da ilicitude da ação interventiva. Por meio desse critério, se expõe que na hipótese de um exercício abusivo da liberdade mediante um comportamento danoso, o causador do dano não pode invocar a proteção dos direitos fundamentais diante de sanções estatais impostas contra sua conduta.<sup>44</sup>

O terceiro critério, por sua vez, seria o da dependência de proteção normativa ditada pelas circunstâncias fáticas. Nesse sentido, afirma Feldens, com base nos ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris, que “a

---

43 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 102.

44 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 103.

ordem jurídica tem de facultar instrumentos tais que, vistos na sua globalidade e para situações de perigo típicas, garantam – ou, minimamente, tragam uma expectativa de garantia de – uma proteção eficiente dos bens jurídicos fundamentais”<sup>45</sup>.

A ideia que se registra, a partir desses critérios, é que em face de atentados por parte de particulares a direitos como vida, integridade física, liberdade de outrem, o Estado deve proceder normativamente de modo a garantir ao titular do direito fundamental uma esfera de proteção legal que sirva como efeito dissuasório da ação agressiva, concluindo-se que hipóteses de extrema agressão reclamam medidas estatais extremas, que passam pelas normas penais<sup>46</sup>.

## **5. OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO PENAL DO BEM JURÍDICO**

A partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, na doutrina de Luciano Feldens, restam estabelecidas duas premissas acerca da relação entre Constituição e proteção penal, que irá repercutir na temática dos mandados de criminalização.

A primeira, é a de que a Constituição prevê a existência de um sistema de Direito Penal, ao desenvolver normas de competência em matéria criminal e ao

---

45 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 104.

46 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 107.



impor a criminalização de condutas de maneira expressa. A segunda premissa, é a de que a exigência constitucional de um sistema penal requer uma relação de coerência interna a nortear o ordenamento jurídico-penal, o que implicaria o desenvolvimento de mecanismos para afastar tanto o excesso quanto a insuficiência na proteção de determinados bens jurídicos<sup>47</sup>.

Dessa constatação de um sistema de proteção jurídico-penal estabelecido pela própria Constituição, é possível concluir que tal sistema dever-se-ia fazer representado por um catálogo de crimes, no qual deveriam constar, obrigatoriamente, ao menos as condutas cuja imposição de incriminação seja expressa na Carta Magna<sup>48</sup>.

Nesse contexto, a teoria dos mandados constitucionais de criminalização se mostra de todo adequada, pois os mandados são instrumentos da Constituição que visam oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares<sup>49</sup>.

É que o dever de incriminar certas condutas advém de uma ordem de valores inserta na Lei Fundamental que, além de limitar o legislador ordinário na seleção dos objetos a serem tutelados, obriga a criminalização

---

47 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 117.

48 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 116.

49 MORAES, Alexandre R. A. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. Revista Jurídica ESMP-SP, v.5, 2014, p. 58.

da ofensa a certos bens jurídicos, tomando-se por base a relevância daquele objeto e a necessidade de fazer uso das sanções penais, essas consideradas as únicas capazes de assegurar a devida proteção requerida pelo bem<sup>50</sup>.

É possível dizer, então, que os mandados constitucionais são fundamentados também pelos princípios da Supremacia da Constituição, da máxima efetividade de suas normas e da proibição do retrocesso dos direitos fundamentais<sup>51</sup>. Ora, se considerada a Lei Maior como parâmetro ao qual se subordina todo o ordenamento, considerada a busca pela efetividade das normas constitucionais e pelo combate ao rebaixamento da proteção conferida aos direitos fundamentais, se terá, por consequência, o cumprimento e a observância aos mandados de penalização.

Vale mencionar que o reconhecimento dos comandos de criminalização não apresenta como consequência apenas a incriminação de condutas lesivas a direitos ou valores caros à ordem jurídica, mas também a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão e da inconstitucionalidade de lei posterior tendente a descriminalizar determinada conduta objeto da ordem penalizadora<sup>52</sup>.

---

50 FLACH, Michael S. Mandados de Criminalização, tutela penal e Constituição [...] p. 28.

51 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 93.

52 DISSENHA, Rui. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional. In: Raízes Jurídicas. Curitiba, v. 4, n. 2, jul/dez 2008. p. 330.

Um exemplo recente da aplicação da teoria dos mandados constitucionais de criminalização, ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26/DF, na qual foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal que o mandado de criminalização inserto no art. 5º, XLII, da CF/88, que trata do racismo, compreende também a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.<sup>53</sup>

Ademais, como razão para que a Lei Maior estabeleça cláusulas expressas de incriminação, pode-se apontar experiências históricas vividas por determinado país, além do interesse de querer incluir projetos, metas e objetivos que lhe parecessem relevantes no momento de construção daquela Carta Política<sup>54</sup>.

Lado outro, os mandados de criminalização são encarados como de importante valor na medida em que refletem a acrescida importância que determinado bem passou a ter naquela ordem jurídica, ou representam um temor de que no futuro aquele bem possa ser objeto de mais graves e frequentes violações<sup>55</sup>.

Nesse sentido, se observa a Constituição Alemã, que traz de modo expresso a criminalização de condu-

---

53 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF, Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello publicada em 26/10/2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>> Acesso em: 24 jul. 2021

54 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal [...] p. 113.

55 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal [...] p. 113.

tas que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos, em especial as condutas destinadas à guerra de agressão, opção essa tomada provavelmente em virtude das atrocidades perpetradas por ocasião do nazismo e da Segunda Guerra Mundial<sup>56</sup>.

Em relação à experiência brasileira, não é diferente. A criminalização explícita da tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, se atribui aos horrores ocorridos durante a ditadura militar (art. 5º, XLIII, CF/88). A imprescritibilidade e a impossibilidade de prestar fiança no crime de racismo (art. 5º, XLII, CF/88), também se deve, em muito, ao passado ultrajante da escravidão no Brasil e às práticas de discriminação e segregação que ainda são vítimas parte da população.

A título de exemplo, as obrigações expressas de incriminação trazidas na Constituição da República de 1988, são<sup>57</sup>: a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI), a prática do racismo (art. 5º, inciso XLII); a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII); a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV); a retenção dolosa do salário

---

56 OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem-jurídico penal e Constituição [...] p. 111.

57 GOMES, Mariângela Gama de Magalhaes. O princípio da proporcionalidade no direito penal [...] p. 112.

(art.7º, X); as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (art. 225, §3º) e o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, §4º).

Deve-se atentar para o fato de que, embora tais comandos signifiquem um dever de atuação irrenunciável pelo legislador, isso não quer dizer que tais mandados possuam eficácia direta e independente, pois não cabe a punição das condutas exclusivamente em face da previsão constitucional, carecendo de regulamentação legal, em obediência ao princípio da legalidade no Direito Penal<sup>58</sup>.

Não é demais reconhecer, ainda, a importância do estabelecimento dos mandados de criminalização na proteção dos direitos humanos, na medida em que a tipificação das condutas traz consigo o efeito dissuasório da sanção penal, ou seja, a criação de uma consciência geral de atuação da norma penal capaz de impedir comportamentos futuros atentatórios àqueles bens protegidos pelo ordenamento.<sup>59</sup> Nesse sentido, André de Carvalho Ramos defende que para que os direitos humanos sejam emancipatórios e universais, faz-se necessário que os autores das violações sejam punidos, a fim de não reverberar seus exemplos em momentos futuros.<sup>60</sup>

---

58 FLACH, Michael S. Mandados de Criminalização, tutela penal e Constituição [...] p. 30.

59 DISSENHA, Rui. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise [...] p. 331.

60 RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da

Cumpra mencionar que a teoria dos mandados constitucionais de penalização também já foi abordada no voto do Ministro Gilmar Mendes, em sede de controle de constitucionalidade (ADI nº 3112/DF), na qual se discutiu a inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento<sup>61</sup>, oportunidade em que Mendes pontuou ser possível cogitar a respeito de mandados implícitos de criminalização, em vista da ordem de valores estabelecida pela Constituição e da proibição de uma proteção insuficiente por parte do Estado.

Portanto, se pode inferir que parte da doutrina defende ser possível extrair da Constituição tanto mandados explícitos de criminalização quanto comandos implícitos. Por todos, Feldens: “situações existem em que esse merecimento e essa necessidade (do recurso à pena) decorrem explícita ou implicitamente da Constituição, hipótese a traduzir, portanto, uma obrigação dirigida ao legislador no sentido de que se construa os respectivos tipos penais.”<sup>62</sup>

Logo, não custa assinalar que as cláusulas expressas de criminalização apostas nas Constituições nem

---

proteção das vítimas de violações de direitos humanos, 2006. apud DISSENHA, Rui. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise... p. 331.

61 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3112/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicada em 26/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3112&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 ago. 2021

62 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 74.

sempre se prestaram a indicar os bens de maior magnitude no ordenamento ou que apresentassem primazia valorativa. É que, segundo esse entendimento, o constituinte, ao estabelecer de modo claro quais condutas deveriam ser objeto de tutela penal teve por intenção garantir que assim o fosse, com receio de que o juízo de valoração a ser feito pelo legislador penal pudesse deixar de incriminar práticas que o constituinte julgasse pertinente<sup>63</sup>.

Numa análise de diversas Constituições vigentes, é possível perceber que sequer há mandados expressos de penalização de bens de maior valia como a vida humana.<sup>64</sup> Logo, nesse raciocínio, se se entendesse pela criminalização de condutas apenas a partir de comandos constitucionais explícitos, o homicídio doloso seria despenalizado (por não estar expressamente disposto na Lei Maior), ao passo que restaria criminalizada a conduta de retenção dolosa de salários do trabalhador, tomando-se por base o disposto na Constituição brasileira que prevê a incriminação desta última.<sup>65</sup>

Com efeito, em relação a outros bens jurídicos, em vista de sua manifesta grandeza e importância no ordenamento, entendeu o legislador constituinte não ser necessário fazer uso de tais imposições expressas,

---

63 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal [...] p. 94.

64 OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem-jurídico penal e Constituição [...] p.109-111.

65 OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem-jurídico penal e Constituição [...] p. 118.

uma vez que era manifesta e evidente a carência da regulamentação penal<sup>66</sup>, sendo esse um dos fundamentos que sustentam a teoria dos mandados implícitos de criminalização.

Não se pode deixar de mencionar a lição de Mariângela Gomes, citando González Rus, na qual ensina que tais comandos de penalização não devem ser vistos como disposições incompatíveis com o princípio da intervenção penal mínima. Isso porque, esse importante princípio do Direito Penal deve ser levado em conta na aferição das condutas puníveis, que deverão compreender apenas os atentados mais graves, além de atuar na delimitação dos objetos a serem protegidos, para que não coincidam com aqueles tutelados por norma administrativa<sup>67</sup>.

Ou seja, a tutela penal imposta pelo mandado constitucional não permite depreender que todo e qualquer atentado ao bem jurídico, em qualquer condição, deverá ser criminalizado<sup>68</sup>. Assim, reforça-se que a teoria aqui analisada é harmonizada com os demais princípios inspiradores do Direito Penal, mesmo com aquele que expressa a *ultima ratio* dessa seara jurídica.

---

66 OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem jurídico-penal e Constituição [...] p. 118.

67 GONZÁLEZ RUS, Juan José. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico, 2005. apud GOMES, Mariângela Gama de Magalhaes. O princípio da proporcionalidade no direito penal [...] p. 116.

68 GOMES, Mariângela Gama de Magalhaes. O princípio da proporcionalidade no direito penal [...] p. 116.



Por fim, cumpre ressaltar que alguns autores entendem que não existem imposições ao legislador no sentido do dever de regulamentação da tutela penal de determinados bens jurídicos, reconhecendo apenas a existência de meras indicações aos órgãos legiferantes, que exercitariam sua liberdade de verificar se determinado bem mereceria ou não a proteção penal. É o que defende Janaína Paschoal, em sua obra “Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo”.<sup>69</sup>

A doutrina de Luís Flávio Gomes também é desfavorável à teoria dos mandados constitucionais de criminalização. Em sua obra, defendeu que a Constituição apenas sinaliza a criminalização de determinadas condutas, não podendo conceber a imposição de sanções penais pelo legislador como uma operação automática decorrente daquele comando, pois se estaria negando a ele (legislador) a margem de liberdade que lhe foi conferida, além de ignorar a legitimidade democrática reconhecida aos órgãos legiferantes<sup>70</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do conteúdo exposto, algumas considerações merecem ser feitas.

---

69 PASCHOAL, Janaína. Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107- 156.

70 GOMES, Luís Flávio. Norma e bem jurídico no Direito Penal, 2002 Apud OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. Bem jurídico-penal e Constituição [...] p. 116.

Primeiramente, em um Estado Democrático de Direito, a aproximação entre Constituição e Direito Penal deve ser cada vez mais incentivada, com o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a cuidadosa obediência aos princípios constitucionais quando da limitação da liberdade do indivíduo.

Assim, a visão de um Direito Penal garantista perpassa pela submissão à ordem de valores da Carta Política, não podendo o legislador criminal estabelecer, livre de qualquer limite, as condutas incriminadoras e as sanções penais. Além disso, na escolha dos bens jurídicos, deve-se ter em mente os interesses e valores radicados na Constituição, com observância à primazia normativa do indivíduo.

Infere-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade deve nortear também o legislador ordinário na criação dos tipos penais. Ademais, no presente estudo, foi possível constatar que a proibição da proteção deficiente, como uma das facetas da proporcionalidade, assume papel preponderante ao indicar que a promoção dos direitos fundamentais deve ser realizada de maneira adequada e eficaz, sob pena de se vulnerar o indivíduo e os bens jurídicos necessários à vida em sociedade.

Verificou-se, ainda, a imprescindibilidade da atuação positiva estatal na concretização dos direitos fundamentais, superando-se o entendimento de que o Estado deveria buscar tão somente não intervir na vida dos particulares, no que se reconhece como liberdades negativas. Portanto, orientada pelo princípio da proibi-

ção da proteção deficiente, restou reconhecida a necessidade do Estado intervir, por meio da tutela penal, a fim de coibir condutas violadoras de bens jurídicos caros à sociedade, praticadas pelos próprios particulares.

Nesse sentido, conclui-se que os mandados constitucionais de criminalização, sejam de modo expresso ou implícito, desempenham importante papel ao salvar determinados bens jurídicos de elevada magnitude, conferindo-lhes proteção adequada e suficiente, em especial, pelo efeito dissuasório da sanção penal.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista EMERJ*, v. 12, nº 45, 2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3112/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicada em 26/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3112&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 ago. 2021
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF, Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello publicada em 26/10/2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>> Acesso em: 24 jul. 2021
- CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Disponível em: <<https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretaci%C3%B3n-constitucional/file>> Acesso em: 09 ago. 2021.
- DISSENHA, Rui. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional.

- In: *Raízes Jurídicas*. Curitiba, v. 4, n. 2, jul/dez 2008.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FLACH, Michael Schneider. Mandados de Criminalização, tutela penal e Constituição. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.7, 2015.
- GAVIÃO, Juliana. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 61, 2008. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1246460827.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf)> Acesso em: 24 jul. 2021
- GODOY, Regina Maria Bueno de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do Direito Penal*. São Paulo: PUC, 2010.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS, Leonardo (Org). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlim: Konrad-Adenauer Stiftung. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-urisprudencias/50\\_anos\\_dejurisprudencia\\_do\\_tribunal\\_constitucional\\_federal\\_alemao.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-urisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view)> Acesso em: 20 ago. 2021.
- MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del “Ius puniendi”. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV, 199. Cursos e Congresos nº 64. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. Disponível em: <<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4205>> Acesso em: 09 ago. 2021.
- MORAES, Alexandre R. A. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.5, 2014.
- NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: *Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Távares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2012.
- OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. *Bem-jurídico penal e Constituição*. São Paulo: PUC, 2011. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- PASCHOAL, Janaína. *Constituição, criminalização e Direito Pe-*

- nal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 1, nº 1, 2015.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, 2004.
- STRECK, Lênio. *A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/15715-15716-1-PB.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2021.

# OS MARCOS NORMATIVOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE CULTURA NO BRASIL

Caroline Reolon Scariot<sup>71</sup>

**RESUMO:** Com o presente artigo se pretende analisar os marcos normativos que levaram a implementação do Sistema Nacional de Cultura no Brasil. Tem como objetivo apresentar discussões acerca da implementação de políticas públicas nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal, e ainda identificar trajeto normativo percorrido até a implementação deste sistema de fomento à cultura. O método adotado para elaboração desta pesquisa decorreu de uma ampla revisão bibliográfica, com a utilização de livros, artigos e dados para embasar o estudo, bem como utilizou-se a abordagem hipotético-dedutiva. Foi possível concluir, a partir dos estudos realizados, que foi um longo caminho percorrido entre a promulgação da Constituição Federal, em 1988, até a promulgação do Sistema Nacional de Cultura, em 2012. Com a sua implementação, a cultura passa a ter lugar de destaque dentro da organização do governo nacional e, consequentemente, dos estados e municípios, a partir das suas respectivas adesões ao Sistema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cultura. Marcos Normativos. Políticas Públicas. Sistema Nacional de Cultura.

---

71 Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES) e advogada inscrita nos quadros da OAB/RS sob o n.º 122.057. Endereço eletrônico: carolinescariot@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais resultam de batalhas travadas no tempo, que tinham como objetivo firmar a dignidade da pessoa humana. Assim, naturalmente, as mudanças políticas, sociais e culturais da sociedade, moldam a forma com que esses direitos são encarados.

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, o que dá traço de fundamentalidade ao direito cultural, além de serem direitos previstos expressamente na Declaração de Direitos Humanos de 1948. No nosso ordenamento jurídico atual brasileiro, os artigos que englobam a cultura são elevados e equiparados aos direitos fundamentais, mesmo que, como se verá a seguir, não estejam junto aos demais direitos fundamentais no capítulo II da Carta Maior, mas sim no capítulo III. Em uma interpretação *stricto sensu*, o direito à cultura não deve ser entendido de forma destoante dos demais direitos fundamentais, pois são emparelhados com os mesmos. Para ser considerado como direito fundamental, ele deve ter caráter essencial para a garantia de uma vida digna e para o exercício da cidadania.

É dever do Estado garantir o exercício da cultura, bem como assegurar o acesso às fontes de cultura nacionais. Tal dever advém dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. E, para compreender como o direito à cultura é efetivado, ou seja, como a cultura é colocada ao acesso do cidadão e preservada para as futuras gerações, é preciso acompanhar os

marcos normativos que levaram à implementação do Sistema Nacional de Cultura no Brasil.

A partir da promulgação da Constituição Federal, em 1988, até a implementação do referido sistema, em 2012, pelo Governo Federal, como uma política de fomento à cultura, que marca a efetiva regulamentação das políticas públicas culturais em nosso país, muitas foram as mudanças no cenário normativo e cultural brasileiro, bem como, no de cada estado que faz parte do seu território. Assim, o que será analisado a seguir é, justamente, este trajeto percorrido até a implementação destes sistemas de fomento à cultura.

Com isso, a pesquisa tem como questionamento principal “quais são os marcos normativos que levaram à implementação do Sistema Nacional de Cultura no Brasil?”, sendo o objetivo geral deste artigo apresentar discussões acerca da implementação de políticas públicas nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal, e o objetivo específico, por sua vez, é identificar os marcos normativos que antecedem a criação e implementação do Sistema Nacional de Cultura brasileiro.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, realizada por meio do método hipotético-dedutivo, baseando-se em técnicas bibliográficas e documentais. Dessa forma, foi possível alcançar uma resposta para a problemática estabelecida. Assim, o presente trabalho se justifica pela intenção de entender os caminhos pelos quais o ordenamento jurídico brasileiro caminhou até a implemen-



tação desse sistema políticas públicas capaz de efetivar o direito ao acesso à cultura em nosso país.

## 1. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A evolução histórica dos direitos humanos no mundo é lenta e gradual. No Brasil, não foi diferente, tais direitos foram sendo expandidos e ganharam uma dimensão social, deixando evidente que “pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar o reconhecimento da condição humana”<sup>72</sup>. Assim, no momento em que essas condições são deixadas de lado, não sendo oferecidas a população, a parcela menos favorecida da sociedade fica exilada, e é nesse ponto que reside o grande paradoxo dos direitos sociais no Brasil que, apesar de formalmente destacados na Constituição Federal de 1988 (CF/88<sup>73</sup>), possuem pouca relevância, em termos concretos.

A falta de garantia das condições mínimas de dignidade humana é resultado da ausência de proteção oferecida por um Estado incapaz de “identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda

---

72 AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. UPF Editora: Passo Fundo, 2005, p. 80;

73 Este trabalho usa a sigla CF/88 para fazer referência a Constituição Federal de 1988;

quanto de prestígio e reconhecimento”<sup>74</sup>. Muitas das declarações contidas no texto constitucional em favor dos direitos sociais tiveram apenas função ideológica. No entendimento de Awad<sup>75</sup>, a percepção de que os direitos sociais fundamentais nem sempre são efetivados no Brasil se dá através da hesitação do Judiciário diante de situações em que precisam interpretar e aplicar os direitos sociais estabelecidos na Constituição.

Os direitos fundamentais sociais foram originalmente constituídos para servirem de proteção aos abusos e arbítrios praticados pelo Estado, efetivando-se somente por intermédio deste mesmo Estado, sendo assim uma prerrogativa dos segmentos mais desfavoráveis. “Para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada dos poderes públicos”<sup>76</sup> e, à medida em que os direitos sociais se expandem, a divergência entre interesse comum e interesse particular é substituída pelo reconhecimento dos interesses coletivos.

A criação e implementação de políticas públicas destinadas ao cumprimento das obrigações estatais voltadas à melhoria das condições de vida das pessoas, ou

---

74 AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. UPF Editora: Passo Fundo, 2005, p. 80;

75 AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. UPF Editora: Passo Fundo, 2005, p. 80;

76 AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. UPF Editora: Passo Fundo, 2005, p. 83;

seja, políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, tem se tornado uma das mais relevantes questões a desafiar tanto os operadores quanto os teóricos do direito<sup>77</sup>, isso porque

Dentre os compromissos estabelecidos pelas constituições contemporâneas com os seus destinatários - os titulares de direitos fundamentais – aqueles que se referem à satisfação de expectativas com relação às suas necessidades, ou seja, os direitos sociais, são os que têm encontrado maior quantidade de problemas em sua concretização.<sup>78</sup>

Ou seja, o Estado tem encontrado problemas para efetivar os direitos que ele mesmo conferiu à população por meio da promulgação das Constituições Federais. Nesse sentido, mesmo após a CF/88, no Brasil, as questões relativas à efetivação de direitos sociais fundamentais dos cidadãos brasileiros têm se apresentado como um formidável desafio a ser enfrentado por todos os que assumem (en)cargos públicos. Essa dificuldade de colocar em prática os direitos garantidos ao povo, acarreta na perda da legitimidade do Estado de direito, uma vez que composto de aparatos voltados para a satisfação dos direitos fundamentais que devem garantir

---

77 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 494;

78 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 494;

o mínimo existencial, seus operadores falham no cumprimento dessa finalidade<sup>79</sup>.

Antes de se tornar um Estado Democrático de Direito, a organização governamental do Brasil estava baseada apenas na lei como mecanismo de regulação social, sem existir a garantia dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e dos direitos políticos. Todavia, essa falta de proteção jurídica aos direitos do cidadão entra em decadência quando passasse a perceber os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como o insuportável desvio entre o modelo liberal e a sua *práxis* social e econômica, e ainda a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Há uma tomada de consciência de que o direito é parte do conflito social<sup>80</sup>.

A ideia de que o Estado deveria ser capaz de identificar as diferenças dos cidadãos e corrigir as disparidades, acaba gerando questionamentos sobre a capacidade do poder legislativo para “regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia

---

79 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 495;

80 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 496;

do direito como limite ao poder”<sup>81</sup>. Surge a necessidade de criação de um nível de juridicidade superior e vinculante e dessa forma resultando na afirmação do caráter normativo das Constituições, assegurando a vinculação dos poderes do Estado. Assim, há uma reorganização do ordenamento jurídico, redimensionando o princípio da legalidade. A Constituição Federal passa, então, a integrar um plano superior de juridicidade, sendo vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado.

Em outras palavras, a partir da configuração do nosso Estado como um Estado Constitucional de Direitos, nenhum dos poderes pôde dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais, pelo menos em condições de normalidade – as hipóteses de modificação da Constituição supõem a aparição do constituinte, o qual é ordenado pela própria e age segundo um procedimento específico para a reforma constitucional. Estava-se diante de um Estado “soberano que, além de estar subordinado a uma forma de agir (somente pode manifestar a sua vontade por meio da lei), vê-se impedido de violar certos conteúdos, postos pela sociedade que o funda como intocáveis”<sup>82</sup>, os chamados direitos fundamentais.

---

81 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 497;

82 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 500;

A culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da ideia política de democracia representativa, dá lugar ao nascimento da forma política conhecida como Estado Democrático de Direito, caracterizado pela constitucionalização de “direitos estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes”<sup>83</sup>. Do ponto de vista funcional, dirige-se à garantia de um catálogo de direitos fundamentais declarados na Constituição Federal, o que exige que todos os poderes, públicos e privados, sejam compelidos à garantia dos direitos fundamentais, tanto liberais quanto sociais.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS

Falar sobre cultura é divagar sobre história, desenvolvimento e

[...] a experiência e a trajetória dos tribunais são diferentes nos países centrais, nos países semi-periféricos, como é o caso de Portugal ou Brasil, e nos países periféricos de África e de outros países da América latina. E é também diferente consoante diferentes culturas jurídicas que existem nesses países e processos históricos que levaram à construção do Estado<sup>84</sup>.

---

83 CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018, p. 5001

84 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, P. 15;

Ou seja, a cultura jurídica de um país é resultado de seu desenvolvimento histórico, sendo que, quando o processo democrático é tumultuado, que, como visto, é o caso do Brasil, “a cultura jurídica que se pode denotar – antes de se investigar aprofundadamente – é que o Judiciário não é capaz de dar conta – efetivar – o que está formalmente instituído, como é o caso dos direitos humanos e de políticas”<sup>85</sup>.

No Brasil, o termo sociedade civil se tornou sinônimo de participação e organização da população civil do país quando da luta contra o regime militar na década de 70, com fundamento

na crença de que a sociedade civil deveria se mobilizar e se organizar para alterar o status quo no plano estatal, dominado pelos militares e por um regime não democrático com políticas públicas que privilegiavam o grande capital, considerando apenas as demandas de parcelas das camadas médias e altas da população<sup>86</sup>.

### Nas palavras de Freire:

O conceito de sociedade civil, que vem se tornando cada vez mais hegemônico, é mistificador e ilusório, fragmentador e extremamente conservador. Daí a importância de recuperarmos os sentidos estratégicos que esse conceito possui.[...] Assim sendo, não apenas é correto afirmar que a cultura brasileira do

---

85 FONTANA, Eliane e SCHMIDT, João Pedro. *FORTALECIMENTO DAS COMUNIDADES E RÉFORÇO DA CONFIANÇA INTERPESSOAL: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea; VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, p. 03;

86 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

século XX representou um forte indício do profundo divórcio entre o povo e a nação<sup>87</sup>.

Um dos principais pontos de estruturação da sociedade civil foi a autonomia, ou seja, organizar-se independentemente do Estado. Nesse período, a democracia era tida como o modelo ideal para a construção de uma contra hegemonia ao poder dominante. Participar das práticas de organização da sociedade civil significava um ato de desobediência civil e de resistência ao regime político predominante.

As mudanças políticas e sociais mundiais ocorridas nos últimos trinta anos trouxeram novamente para a agenda de pesquisas das ciências sociais o interesse pela cultura política e seu papel na mudança social<sup>88</sup>. Essas mesmas mudanças, contudo, também acarretaram no decréscimo de confiança da população nas instituições políticas, tendo como um dos principais fatores da erosão de confiança, o desempenho governamental. Fazem parte deste processo também a incapacidade dos governos em atender às demandas sociais. Somente a instituição de uma democracia formal não

---

87 FREIRE, Silene de M. *A decomposição do Estado e o protagonismo da sociedade civil no enfrentamento da questão social no Brasil: os dilemas da cidadania e da democracia na contemporaneidade*. In: Revista Virtual Textos & Contextos, nº 6, dez. 2006, p. 11;

88 FONTANA, Eliane e SCHMIDT, João Pedro. *FORTALECIMENTO DAS COMUNIDADES E REFORÇO DA CONFIANÇA INTERPESSOAL: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea; VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, p. 06;



é o suficiente para aumentar o sentimento democrático dos cidadãos.

Nesse sentido, “a política pública funciona numa dimensão diferente da norma tradicional estruturada sobre a coerção”<sup>89</sup>. Entram em cena, então, os movimentos sociais populares urbanos para lutarem pelo reconhecimento de direitos fundamentais sociais e culturais modernos, como raça, gênero e meio ambiente, por exemplo. Houve uma ampliação e uma pluralização dos grupos organizados, não se tratando mais de lutas concentradas nos sindicatos ou nos partidos políticos, que redundaram na criação de movimentos, associações, instituições e Organizações não governamentais (ONGs)<sup>90</sup>.

A partir de 1985, o significado atribuído ao termo “sociedade civil” começa a ser alterado, uma vez que há a progressiva abertura de canais de participação e de representação política, perdendo os movimentos sociais a centralidade que tinham nos discursos sobre a participação da sociedade civil. Passa a haver uma fragmen-

---

89 FONTANA, Eliane e SCHMIDT, João Pedro. *FORTALECIMENTO DAS COMUNIDADES E REFORÇO DA CONFIANÇA INTERPESSOAL: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea; VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, p.11;

90 Essa monografia usará o termo ONG sempre que fizer referência a “Organizações não Governamentais”.

91 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

tação nos setores populares que faz emergir uma pluralidade de novos atores na cena política. Dessa forma a

autonomia dos membros da sociedade civil deixa de ser um eixo estruturante fundamental para a construção de uma sociedade democrática porque, com a saída dos militares e o retorno dos processos eleitorais democráticos, a sociedade política, traduzida por parcelas do poder institucionalizado no Estado e seus aparelhos, passa a ser objeto de desejo das forças políticas organizadas. Novos e antigos atores sociais fixarão suas metas de lutas e conquistas na sociedade política, especialmente nas políticas públicas.<sup>92</sup>

Ao longo dos anos 1990, ampliou-se o campo da sociedade civil. A descentralização de sujeitos e a emergência de uma pluralidade de atores conferiram um outro conceito, o de cidadania. A questão da cidadania é inserida na CF/88, ganhando novo contorno, o de cidadania coletiva, extrapolando a demanda pelos direitos civis para incluir outros direitos, como os direitos sociais básicos, elementares, de primeira geração. O conceito de cidadania se aproxima então da “ideia de participação civil, de exercício da civilidade, de responsabilidade social dos cidadãos como um todo, porque ela trata não apenas dos direitos, mas também de deveres, ela homogeneiza os atores”<sup>93</sup>. O cidadão passa a atuar ativamente nas arenas públicas, via parceria nas políticas públicas sociais governamentais, o que pode ser visto com bons olhos pela população, ou pode se

---

92 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

93 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

tornar um risco a administração do Estado, uma vez que o poder público deve assumir o papel para o qual foi eleito. Nesse novo cenário, a sociedade civil se mescla com a sociedade política, fazendo surgir um novo espaço público, denominado “público não estatal”, articulado entre a sociedade civil e o poder público para administrar e atender as demandas sociais.

Uma sociedade democrática só é possível através do caminho da participação dos indivíduos e dos grupos sociais organizados<sup>94</sup>. Sobre o tema:

a decisão pública sempre envolve escolhas particulares e seletividade. Ademais, a ação pública muda situações: ao induzir e incentivar, ao fazer escolhas, universaliza, valoriza e visibiliza o que é particular. Fazer política pública implica assumir o caráter político e seletivo da ação, significa fazer escolhas, explicitá-las e justificar as prioridades.<sup>95</sup>

As peculiaridades sociais se concentram no plano local, pois cada comunidade tem a sua demanda. É nele que se encontra a fonte do verdadeiro capital social, e por esses motivos que deve ser bem administrado e organizado, concentrando-se em objetivos que respeitem as culturas e as diversidades locais.

Cumprе ressaltar também a Reforma do Estado elaborada durante a gestão do Presidente Fernan-

---

94 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

95 SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *OS LIMITES DO FINANCIAMENTO CULTURAL FEDERAL NO BRASIL: ENTRE IDEIAS E MATERIALIDADES*. TEXTO PARA DISCUSSÃO: 2409. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, ago. 2018.

do Henrique Cardoso (1º de janeiro de 1995 a 1º de janeiro de 2003), pelo seu então Ministro Bresser Pereira, a qual previa que “as políticas públicas para as áreas de Cultura, Educação, Lazer, Esporte, Ciência e Tecnologia viessem a ser apenas gerenciadas e não mais executadas pelo Estado”<sup>96</sup>. Para entender essa mudança é preciso entender os conceitos de Organizações Sociais (OSs<sup>97</sup>) e de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs<sup>98</sup>):

As Organizações Sociais foram criadas por lei em maio de 1998 para reestruturarem o aparelho do Estado em todos os níveis. No nível Federal, parcelas do próprio Estado poderão deixar de fazer parte do aparelho estatal e se tornar prestadoras de serviços públicos, ou parte das atividades do Estado passarão a fazer parcerias com entidades do chamado Terceiro Setor.<sup>99</sup>

Nesse modelo político o Estado é responsável apenas por gerenciar e controlar as políticas públicas e não por executá-las, sendo este papel delegado as OSs e as OSCIPs. É um novo modelo de gestão pública.

A Reforma do Estado implementada na última década do século passado fez surgir uma abundância de novas autoridades administrativas, as quais possuem autonomia em relação ao Poder Executivo e são chamadas de agências reguladoras independentes. Na lógica do

---

96 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

97 A presente monografia fará uso da sigla OSs sempre que fizer referência ao termo Organizações Sociais;

98 Esta pesquisa usará a sigla OSCIPs para se referir as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público;

99 GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Texto digital;

Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE<sup>100</sup>), estas agências funcionariam como “instrumentos essenciais para dissolver os anéis burocráticos dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República”<sup>101</sup>.

A implantação de tal modelo advém da ideia de estabelecer uma blindagem institucional, no sentido de que fosse subtraído o marco regulatório do processo político-eleitoral. Assim haveria uma estabilidade na relação dos investidores internacionais com o poder público.

A chave da independência das agências reguladoras em relação ao governo é a independência política dos seus dirigentes, que são indicados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Legislativo, investidos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato<sup>102</sup>. Com a proclamação de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, houve a validação de “um amplo conjunto de transformações na lógica de funcionamento das estruturas do nosso Estado democrático de direito”<sup>103</sup>. A partir de então, tem-se uma configuração

---

100 Para se referir ao Plano Diretor de Reforma do Estado, esta pesquisa usará o termo PDRE.

101 BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 760;

102 BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 761;

103 BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Admi-*

policêntrica ao invés do tradicional desenho piramidal. “A ideia de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos”<sup>104</sup>. A democracia pressupõe cidadãos que, além de destinatários, sejam também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídicas e políticas do Estado. “Ampliar a participação dos cidadãos na política tem a ver com a forma como eles decodificam e internalizam normas e valores em relação à política”.<sup>105</sup>

No direito administrativo moderno, a discussão sobre novas formas de legitimação da ação administrativa tem assumido um papel relevante. Uma das vertentes desenvolvidas nessa linha é a da democratização do exercício da atividade administrativa, não vinculada diretamente à lei. Essa democratização

é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*).<sup>106</sup>

---

*nistrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 761;

104 BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 762;

105 FONTANA, Eliane e SCHMIDT, João Pedro. *FORTALECIMENTO DAS COMUNIDADES E REFORÇO DA CONFIANÇA INTERPESSOAL: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea; VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, p.14/15;

106 BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Rio

Assim, a CF/88 deu aos cidadãos uma ferramenta de controle, através da qual a efetivação dos direitos deve ser exigida aos órgãos estatais. Estes, por sua vez, precisam identificar as demandas da sociedade e convertê-las em políticas que propiciem o acesso da população àquilo que lhe é de direito.

O Estado é, essencialmente, um agente planejador e articulador, dotado de instrumentos capazes de fazer com que os planos e políticas cheguem ao auge. Para tanto, o primeiro passo para a execução de uma política pública é montá-la de maneira eficiente, o que exige, conforme já demonstrado, um amplo diálogo entre os diversos atores envolvidos para a elaboração de um diagnóstico preciso, com identificação prévia das dificuldades e dos cuidados a serem tomados.<sup>107</sup>

Quando se trata de planejamento a nível federal, estão envolvidos, obrigatoriamente, o Ministério Pertinente, a Casa Civil e o Planejamento – responsável pela viabilidade orçamentária e os demais ministérios que de alguma maneira possam contribuir para o plano<sup>108</sup>. O executivo, por sua vez, se manifesta por meio de leis, portarias e demais instrumentos legais onde autoriza repasses para os executores.

---

de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 770;

107 NASSIF, Luis. *Nassif: Os mecanismos de execução das políticas públicas*. Portal Vermelho: jul. 2015. Texto digital;

108 NASSIF, Luis. *Nassif: Os mecanismos de execução das políticas públicas*. Portal Vermelho: jul. 2015. Texto digital;

O Brasil apresenta uma boa base federativa, composta por fóruns, conselhos, conferências e ONGs, a qual é necessária para fornecer uma rede de assessoramento aos estados e municípios. De posse destes mecanismos, o modo de montar políticas públicas fica facilitado.

A aplicação de uma política pública ocorre através de três fases. A primeira delas é a formulação, que de maneira simplificada, consiste na definição e escolha das questões que merecem a intervenção estatal, consequentemente, promovendo também a produção de soluções e alternativas, e a tomada das decisões. A próxima fase é a da implementação, que é a execução das decisões tomadas anteriormente. E, por fim, a etapa da avaliação, consistente no questionamento sobre o impacto da política. Assim:

O campo de estudos de implementação de políticas públicas está fortemente atrelado às necessidades de desenvolvimento de melhorias nos processos políticoadministrativos, que permitam o incremento das atividades implementadoras<sup>109</sup>.

Para executar as políticas públicas culturais, o Estado, em seus três níveis, utiliza-se de mecanismos que funcionam como impulsionadores, que estimulam e fomentam a criação destas políticas. Não há, entretanto, uma forma *una*, ou mais adequada, de execução de políticas de acesso à cultura, sendo que cada nível es-

---

109 LIMA, Luciana, Leite & D'ASCEZI, Luciano. *IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVAS ANALÍTICAS*. Revista de Sociologia e Política. v. 21, nº 48: 101-110, dez. 2013, p. 101.



tatal se adapta às suas realidades sociais, para que dessa forma seja possível obter um maior impacto.

### 3. MINISTÉRIO DA CULTURA

O Ministério da Cultura (Minc<sup>110</sup>) originou-se das “articulações políticas dos secretários de cultura dos estados, que aproveitaram as oportunidades decorrentes do fim do regime militar e dos processos de democratização política da década de 1980”<sup>111</sup> para dar início a sua criação. Juntamente a outros atores políticos e sociais, tais secretários vislumbraram na implementação do Minc a chance de uma atuação federal, dinamizando as atividades culturais e apoiando ações e iniciativas nacionais.

No início dos anos 2000, adotou-se, no Brasil, o chamado conceito antropológico de cultura, o que contribuiu para aumentar a confusão a respeito dos objetivos das políticas públicas do Minc. Este conceito antropológico

é generoso e indica a preocupação com uma política de resgate e valorização de culturas não prestigiadas no quadro das políticas nacionais. Também traz para o centro da ação pública a ideia de equidade.<sup>112</sup>

---

110 Esta pesquisa usará como abreviação para o termo Ministério da Cultura a sigla Minc.

111 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

112 SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *OS LIMITES DO FINANCIAMENTO CULTURAL FEDERAL NO BRASIL: ENTRE IDEIAS E MATERIALIDADES*. TEXTO PARA DISCUSSÃO:

Este conceito define e aponta o que deveria ser objeto de ação pública. Todavia, embora seja adequado para muitas coisas, como por exemplo a “indicar as necessidades de reconhecimento de diferentes formas de vida, saberes e fazeres, ou similarmente, para valorizar os bens do espírito humano e a participação social etc.” é equívoco do ponto de vista operacional.<sup>113</sup>

Delimitar o campo de atuação institucional na área da cultura é uma questão tão controversa quanto a definição do próprio conceito. Por esse motivo, as atribuições e as políticas culturais são compreendidas de maneira distinta nos diversos espaços administrativos e sociais. Em nosso ordenamento jurídico há ordem expressa, porém generalista, sobre a atuação do setor público em todas as suas dimensões no fomento à produção, à difusão e à preservação cultural.<sup>114</sup> Não há, todavia, na legislação brasileira, regulamentação específica que trate sobre a repartição de competências em relação a investimentos e financiamentos de ações pelos entes de governo (União, Estados e Municípios) na área cultural.

---

2409. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, ago. 2018, p. 07.

113 SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *OS LIMITES DO FINANCIAMENTO CULTURAL FEDERAL NO BRASIL: ENTRE IDEIAS E MATERIALIDADES*. TEXTO PARA DISCUSSÃO: 2409. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, ago. 2018, p. 07.

114 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

Nesse sentido, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA<sup>115</sup>), os estados e municípios vêm aumentando significativamente suas participações na gestão e no apoio das atividades na área cultural, sendo que, por exemplo, no ano de 2002, os municípios representaram 51% do total de dispêndios culturais públicos do Brasil. Um valor consideravelmente maior do que os 36% alcançados pelos estados, e ainda maior do que a reduzida participação federal de apenas 13%. Ainda, no que se refere à participação nos dispêndios culturais

A participação municipal nos dispêndios culturais é mais significativa nas regiões Sudeste e Sul, onde ultrapassa 60%; enquanto, na região Nordeste, é responsável por mais da metade dos recursos aplicados. Por sua vez, a participação dos estados é relativamente mais importante nas regiões Norte e Centro-Oeste. Outro aspecto relevante é a concentração dos recursos na região Sudeste, que alcança 54% do total dos dispêndios municipais e 42% dos estaduais. Essa região também é a principal beneficiária da transferência de recursos federais.<sup>116</sup>

A Política Nacional de Cultura existente no Brasil, considera como responsabilidade do Estado, juntamente com a colaboração da sociedade: promover, proteger, valorizar, apoiar e incentivar os bens do patrimônio cultural brasileiro, material e imaterial, e as suas manifestações culturais; universalizar o acesso a estes bens; democratizar e dar transparência aos processos

---

115 Este trabalho usa a sigla IPEA para fazer referência ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

116 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO N° 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

decisórios; assegurar a participação social; consolidar a cultura como vetor de desenvolvimento sustentável; intensificar o intercâmbio cultural; promover o diálogo intercultural; articular a política cultural com outras políticas. Esta política, considera a cultura em três dimensões: simbólica (a cultura humana como um conjunto de modos de viver), cidadã (os direitos culturais como parte dos direitos fundamentais) e econômica (a cultura como elemento estratégico da chamada economia do conhecimento).

Nesse sentido, o Minc é um órgão da administração pública federal direta. Ele tem como área de atuação a política nacional de cultura e a proteção do patrimônio histórico e cultural, trabalhando com as três concepções de cultura por meio das metas do Plano Nacional de Cultura.

#### **4. O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA**

As políticas públicas de efetivação a cultura percorreram um longo caminho dentro do ordenamento jurídico brasileiro até a implementação, no ano de 2012, do Sistema Nacional de Cultura (SNC<sup>117</sup>), que é definido pelo Governo Federal, em seu “Guia de Orientação para os Municípios” como sendo:

um conjunto que reúne a sociedade civil e os entes federativos da República Brasileira – União, estados, municípios e Distrito Federal – com seus respectivos Sistemas de Cultura. As leis,

---

117 Este trabalho adotará a sigla SNC para fazer referência ao Sistema Nacional de Cultura.

normas e procedimentos pactuados definem como interagem os seus componentes, e a Política Nacional de Cultura e o Modelo de Gestão Compartilhada constituem- -se nas propriedades específicas que caracterizam o Sistema.

Os recursos necessários para a execução do SNC são de ordens diversas, sendo que o nível federal poderá atuar sobre eles de forma significativa, criando-os ou qualificando-os. “Para a implementação do Sistema, o importante é definir as competências das diversas esferas governamentais em relação a cada tipo dos recursos”<sup>118</sup>, respeitando-se a autonomia de cada governo, mas também carregando uma visão estratégica sobre o papel de cada um deles no desenvolvimento de capacidades sistêmicas. Isso porque, há uma necessidade de recursos variados para suprir as carências heterogêneas, o que impõem também a ideia de uma construção gradativa do SNC.

A criação de um sistema nacional e descentralizado representa o reconhecimento da autonomia das três esferas de governo na execução ou no fomento de ações culturais e também dos efeitos sinérgicos e potencializadores na atuação conjunta. Reconhece a autonomia na definição de prioridades e na execução de ações dos níveis de governo, mas aposta na possibilidade de que o nível nacional coordene processos no nível dos estados e dos municípios, e que os estados coordenem processos nos municípios e entre os municípios, sem esquecer as possibilidades de co-gestão e de cofinanciamento de políticas, programas e ações.<sup>119</sup>

---

118 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

119 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

Para a aplicação do SNC muitos fatores são analisados, dentre os quais a padronização orçamentária para a área cultural nos estados e municípios, bem como o fato de que muitos municípios pequenos não tem capacidade para cumprir a determinação de vinculações de recursos para a área cultural dadas as suas dificuldades fiscais<sup>120</sup>. Nesse sentido, com relação as participações municipais, estes

têm desenvolvido grande esforço de financiamento à cultura. Entretanto, as capacidades de gasto dos municípios são heterogêneas entre as regiões e entre os próprios municípios, os quais são muito diferenciados e em grande número. Por tal razão, a articulação de políticas mais gerais deveria contar com ações de coordenação federal, estadual ou mesmo microrregional.<sup>121</sup>

Para João Roberto Peixe<sup>122</sup> – Secretário de Articulação Institucional do Ministério da Cultura entre os anos de 2011 a 2013 e um dos responsáveis pela aprovação e promulgação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 71/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura – os avanços ocorridos no campo da cultura e da gestão cultural trouxeram um desafio maior para o país, o de assegurar a continuidade das políticas públicas de cultura como políticas de

---

120 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

121 SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005, texto digital.

122 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

Estado, com um nível cada vez mais elevado de participação e controle social, e ao mesmo tempo, viabilizar estruturas organizacionais e recursos financeiros e humanos, em todos os níveis de Governo, compatíveis com a importância da cultura para o desenvolvimento do País. Assim,

O Sistema Nacional de Cultura é, sem dúvida, o instrumento mais eficaz para responder a esses desafios através de uma gestão articulada e compartilhada entre Estado e Sociedade, seja integrando os três níveis de Governo para uma atuação pactuada, planejada e complementar, seja democratizando os processos decisórios intra e inter governos e, principalmente, garantindo a participação da sociedade de forma permanente e institucionalizada.<sup>123</sup>

O Minc, junto a outros órgãos do Governo Federal, de representantes dos demais entes federados e da sociedade civil, desenvolveu a proposta do SNC, a qual foi aprovada pelo Conselho Nacional de Política Cultural, buscando construir um plano comum para implementação dos sistemas municipais, estaduais e nacional de cultura.<sup>124</sup>

No plano nacional, o primeiro e mais importante passo, foi dado com a promulgação da Emenda Constitucional nº 71/2012, a qual institui o SNC e “assegura

---

123 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultura Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

124 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultura Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

juridicamente a implementação do Sistema Nacional de Cultura, com definição da sua natureza, objetivos, princípios, estrutura e componentes”<sup>125</sup>.

“O principal objetivo do Sistema Nacional de Cultura (SNC) é fortalecer institucionalmente as políticas culturais da União, Estados e Municípios, com a participação da sociedade”.<sup>126</sup> A CF/88 estabelece, como já citado, que a promoção e a proteção da cultura deve ser feita através da colaboração do poder público e da comunidade. Para colocar em prática esta colaboração democrática, o Estado deve garantir a todos os cidadãos brasileiros o pleno exercício dos direitos culturais. “A Constituição brasileira é o alicerce sobre o qual se constrói a política nacional de cultura, estabelecida pelo governo federal”<sup>127</sup>.

Para atingir os seus objetivos, o SNC necessita de um modelo de gestão, o qual é composto por nove segmentos: Órgão Gestor da Cultura, Conselho de Política Cultural, Sistema de Financiamento à Cultura, Comissão Intergestores, Programa de Formação na

---

125 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

126 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

127 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.



Área da Cultura, Sistema de Informações e Indicadores Culturais, Sistemas Setoriais de Cultura, Plano de Cultura e Conferência de Cultura.

Em linhas gerais, os Órgãos Gestores da Cultura, “é a instituição pública responsável pela coordenação do Sistema de Cultura e pela execução das políticas da área cultural”<sup>128</sup>. Em nível nacional temos o Minc, no nível estadual, as Secretarias Estaduais de Cultura, e, em nível municipal, as Secretarias Municipais de Cultura (ou órgãos equivalentes).

O Conselho de Política Cultural, por sua vez, é “uma instância colegiada permanente, de caráter consultivo e deliberativo, integrante da estrutura político-administrativa do Poder Executivo, constituído por membros do Poder Público e da Sociedade Civil”<sup>129</sup>. Tem como principais atribuições: propor e aprovar as diretrizes gerais do Plano de Cultura e acompanhar sua execução; apreciar e aprovar as diretrizes gerais do Sistema de Financiamento à Cultura e acompanhar o funcionamento dos seus instrumentos, principalmente do Fundo de Cultura; e fiscalizar a aplicação dos recursos recebidos.

---

128 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

129 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

Já a Conferência de Cultura, é a reunião realizada entre a sociedade civil e o Poder Público para avaliar as políticas culturais, analisar o cenário cultural e propor diretrizes para o Plano. E as Comissões Intergestores, que são

instâncias de negociação e operacionalização do Sistema Nacional de Cultura. São de dois tipos: Comissão Intergestores Tripartite (CIT), organizada no plano nacional, tem a participação de representantes de gestores públicos dos três entes da Federação (União, estados e municípios); e Comissões Intergestores Bipartites (CIBs), organizadas no plano estadual, têm a participação de representantes dos gestores públicos dos estados e municípios.<sup>130</sup>

Estas comissões são responsáveis, entre outras coisas, por promoverem a articulação entre os entes da Federação. Elas funcionam como órgãos de assessoramento técnico para o Conselho Nacional de Política Cultural e os Conselhos Estaduais de Políticas Culturais.

Por seu turno, o Plano de Cultura é um dispositivo de gestão de “médio e longo prazo, no qual o Poder Público assume a responsabilidade de implantar políticas culturais que ultrapassem os limites de uma única gestão de governo”<sup>131</sup>. Os planos dos três níveis

---

130 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

131 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

de governo devem ter correspondência entre si e assim, após serem transformados em lei, adquiram a estabilidade de políticas de Estado.

Ainda, é um elemento de constituição do SNC, o Sistema de Financiamento à Cultura, o qual é um conjunto de “instrumentos de financiamento público da cultura, tanto para as atividades desenvolvidas pelo Estado, como para apoio e incentivo a programas, projetos e ações culturais realizadas pela Sociedade”<sup>132</sup>. No SNC, o principal mecanismo de financiamento são os Fundos, que funcionam em regime de colaboração entre os entes federados.

Sistema de Informações e Indicadores Culturais “é o conjunto de instrumentos de coleta, organização, análise e armazenamento de dados”<sup>133</sup> sobre a realidade cultural na qual se pretende atuar. O objetivo principal é que estes dados, da união, dos estados e dos municípios, sejam conectados e constantemente alimentados, para que seja possível corrigir os rumos e incrementar ações.

Por fim, o Programa de Formação na Área da Cultura se constitui num conjunto de ações qualifica-

---

132 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

133 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

doras para agentes públicos e privados envolvidos com a gestão cultural. E os Sistemas Setoriais de Cultura, que são “subsistemas do SNC que se estruturam para responder com maior eficácia à complexidade da área cultural, que se divide em muitos setores, com características distintas”<sup>134</sup>, ou seja, as necessidades de criação de subsistemas surgem nas localidades onde as demandas específicas se ampliam e assim, precisam ser organizadas em estruturas próprias para o seu atendimento (bibliotecas, museus, etc.).

É de suma importância que todos os elementos do SNC estejam presentes nas esferas federal, estadual e municipal. Todavia, nem todos os municípios possuem estas condições de implantação, ou até mesmo, não há a necessidade dessa implantação, como é o caso dos pequenos municípios interioranos. Contudo, podem e devem interagir com estes componentes nas esferas superiores, para que se possa garantir, de maneira efetiva, a realização de políticas públicas culturais que proporcionem à sociedade o acesso a tal direito social fundamental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 garante ao povo brasileiro uma série de direitos sociais que são os verda-

---

134 BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012, texto digital.

deiros responsáveis pela preservação de um dos princípios basilares não só do nosso ordenamento jurídico, mas também a nível internacional de direitos, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à cultura, peça integrante desse conjunto de normas sociais fundamentais, é efetivado através da realização de políticas públicas, maneira pela qual tal prerrogativa fundamental é colocada ao acesso do cidadão e preservada para as futuras gerações.

A análise da temática da presente pesquisa visou, através da definição dos marcos normativos relativos à cultura, analisar o trajeto percorrido até a implementação do Sistema Nacional de Cultura, um dos principais diplomas legais responsáveis pela efetivação do direito à cultura no Brasil. Respondendo ao problema de pesquisa levantado, concluiu-se que, foi um longo caminho percorrido entre a promulgação da nossa Carta Magna, em 1988, até a promulgação do SNC, em 2012. Foram vinte e quatro anos de dificuldades para efetivar o direito de acesso à cultura ao cidadão brasileiro, até que se entendeu ser necessário unificar, nas três esferas de governo (União, Estados e Municípios), a forma como eram pensadas, geridas e aplicadas as políticas públicas culturais.

Com a implementação do SNC, a cultura passa a ter lugar de destaque dentro da organização do governo nacional e, conseqüentemente, dos estados e municípios, a partir das suas respectivas adesões ao Sistema. Todavia, sozinho o Sistema não consegue atingir o seu fim, que é proporcionar o alcance a cultura e a preserva-

ção da mesma, sendo preciso que haja um desempenho ativo dos governos em colaboração com a sociedade e demais órgãos relacionados ao setor cultural.

Portanto, é dever do Estado garantir o exercício da cultura, bem como assegurar o acesso às fontes de cultura. Todavia, a CF/88 deu aos cidadãos uma ferramenta de controle, através da qual a efetivação dos direitos deve ser exigida aos órgãos estatais. O Estado é, essencialmente, um agente planejador e articulador, dotado de instrumentos capazes de fazer com que os planos e políticas cheguem ao auge. Dessa forma, estado e sociedade devem trabalhar juntos na construção de políticas públicas que visem efetivar o acesso à cultura.

## REFERÊNCIAS

- AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. UPF Editora: Passo Fundo, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BRASIL. *Guia de Orientação para os Municípios Sistema Nacional de Cultural Perguntas e Respostas*. Secretaria de Articulação Institucional. Ministério da Cultura – Minc. Dez, 2012.
- CADERMATORI, Sérgio Urquhart. O Estado Constitucional de Direito, Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). v. 6, nº 1, 2018.
- FONTANA, Eliane e SCHMIDT, João Pedro. *FORTALECIMENTO DAS COMUNIDADES E REFORÇO DA CONFIANÇA INTERPESSOAL: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea; VII Mostra de Trabalhos Jurídicos

- cos Científicos.
- GOHN, Maria Glória. *Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais*. Disponível em: <<https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0104-12902004000200003>>. Acesso em: set. 2018.
- LIMA, Luciana Leite & D'ASCEZI, Luciano. *IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVAS ANALÍTICAS*. Revista de Sociologia e Política. v. 21, nº 48: 101-110, dez. 2013.
- NASSIF, Luis. *Nassif: Os mecanismos de execução das políticas públicas*. Portal Vermelho: jul. 2015. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/266723-1>>. Acesso em: set. 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *OS LIMITES DO FINANCIAMENTO CULTURAL FEDERAL NO BRASIL: ENTRE IDEIAS E MATERIALIDADES*. TEXTO PARA DISCUSSÃO: 2409. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, ago. 2018.
- SILVA, Frederico A. Barbosa da. *NOTAS SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA*. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1080. IPEA: Brasília, mar. 2005.

# O PARADIGMA DE GÊNERO E AS EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS NA CONSTRUÇÃO DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Giovana Lucca<sup>135</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo abordar a concepção da virada do paradigma de gênero na Criminologia, assim como o processo de construção do conhecimento epistemológico denominado “epistemologia feminista”, a fim de evidenciar o percurso e as modificações de perspectiva na pesquisa científica no campo do Direito. Diante da necessidade de inclusão das questões de gênero na pesquisa criminológica, o problema que se apresenta é identificar a complexidade da inclusão desse marco epistemológico de pesquisa, bem como compreender de que maneira se faz essa inclusão sem esbarrar em paradigmas universalizantes ou excludentes. O presente tema encontra justificativa na necessidade de compreensão da produção científica criminológica sob o viés de gênero, assim como na necessidade de abolição da cultura sexista do campo epistemológico e criminológico, eis que esta contribui para a manutenção de controles sociais sobre o gênero feminino no campo das ciências criminais. Através de pesquisa bibliográfica foi abordada a definição de gênero, o paradigma de gênero na Criminologia e as epistemologias feministas, divididas em três grupos, quais sejam o empirismo feminista, o ponto de vista feminista e o pós-modernismo feminista. O estudo dessas teorias enquanto críticas aos métodos de pesquisa tradicionais no campo do Direito e das ciências criminais possibilitou concluir que é possível pensar e desenvolver ciência de maneira

---

135 Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogada. E-mail: giovana\_lucca@hotmail.com.



a considerar as especificidades de gênero e, assim, influenciar na produção de um Direito andrógino baseado nas diferentes perspectivas de vários grupos sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia. Feminismo. Gênero. Epistemologias.

## INTRODUÇÃO

O conhecimento, ao longo da história da humanidade, notadamente esteve em sua maioria sob o controle do gênero masculino. Gradativamente as mulheres passam a se inserir nos diversos ramos profissionais e de estudo e, assim, vêm conquistando espaço nas diversas áreas da vida em sociedade, descolando-se dos locais de fala e de ação que sempre lhes foram impostos. Contudo, a produção científica do conhecimento restou afetada pelo modelo de sociedade que até aqui conhecemos, visto que foi bastante desenvolvida através de expoentes do gênero masculino para com o próprio gênero, sendo historicamente o gênero feminino compreendido como o outro, subjugado física e intelectualmente.

Não diferentemente ocorreu com o campo da Criminologia. Essa disciplina foi desenvolvida ao longo dos anos através de diversas teorias e Escolas, as quais abordaram a questão de gênero de forma escassa. Nesse sentido, a figura da mulher não está presente enquanto protagonista do estudo criminológico desde a criminologia tradicional desenvolvida. Foi com o movimento iniciado a partir da criminologia crítica que a questão de gênero encontrou espaço para começar a ser considerada. Essa realidade do Brasil e do mundo, então,

acaba por refletir na produção jurídica e legislativa do país, fazendo com que problemas sociais diretamente relacionados ao gênero não recebam a atenção merecida no campo do Direito, em especial no Direito Penal.

De todo modo, é inegável que as mulheres vêm conquistando seus espaços enquanto sujeitos ativos de sua própria história. O conhecimento, por sua vez, tornou-se um meio de conquista da independência feminina. Não é possível, contudo, falar sobre a conquista de espaço feminino sem falar sobre o movimento feminista, que vem contribuindo até os dias de hoje na luta pelos direitos das mulheres.

Nesse cenário, as críticas das teorias feministas sobre as relações de poder e, conseqüentemente, no campo do Direito, abriram espaço para o desenvolvimento de uma Criminologia Feminista que trate de problemas sociais de gênero e diversos outros interligados a este, como raça e classe social, de forma autônoma e independente, sem deixar de analisar as contribuições da Criminologia até aqui desenvolvida pelas Escolas anteriores. O desenvolvimento da Criminologia Feminista se deu, portanto, através da virada do paradigma de gênero, o qual, por sua vez, está diretamente ligado ao desenvolvimento de epistemologias feministas.

Diante da necessidade de inclusão das questões de gênero na pesquisa criminológica, o problema que se apresenta, portanto, é identificar as complexidades da inclusão desse marco epistemológico, bem como com-

prender de que maneira se faz essa inclusão sem esbar-  
rar em paradigmas universalizantes ou excludentes.

Assim, através de pesquisa bibliográfica acerca do movimento feminista, da epistemologia feministas, de conceitos como gênero, papéis sociais, mulher, homem e outros, o presente estudo tem como objetivo abordar o giro epistemológico ocasionado pelo paradigma de gênero e o processo de construção do conhecimento epistemológico denominado “epistemologia feminista”, a fim de evidenciar o percurso e as modificação de perspectiva na pesquisa científica e o que isso significa para a desejada abolição do sexismo do campo criminológico.

Nesse sentido, o presente estudo aborda inicialmente o significado de gênero e a concepção de paradigma de gênero enquanto novo paradigma no campo da Criminologia. Em seguida, aborda três grupos de teorias pertencentes ao campo da epistemologia feminista, denominados de empirismo feminista, o ponto de vista feminista e o pós-modernismo feminista, os quais compõem a evolução da epistemologia feminista através das complexas discussões acerca da influência do gênero no entendimento epistemológico.

A escolha do presente tema encontra justificativa na necessidade de compreensão da produção científica criminológica sob o viés de gênero, assim como na necessidade de abolição da cultura sexista do campo epistemológico, eis que esta cultura e seus reflexos contribuem para a manutenção dos controles sociais

exercidos sobre o gênero feminino no campo das ciências criminais. Ainda, encontra motivação no desejo de desenvolver, essencialmente através da pesquisa científica, formas de quebra de padrões machistas de conduta social.

## **1. O PARADIGMA DE GÊNERO**

A história da Criminologia pode ser estudada através das diversas Escolas que se desenvolveram ao longo dos anos. Estas escolas se estruturaram de acordo com a realidade social de cada época. A Criminologia Crítica, por sua vez, enquanto uma das mais recentes escolas que recebeu visibilidade, foi bastante influenciada pelas ideias de Karl Marx, principalmente no que diz respeito ao enfoque que se deu às classes sociais enquanto marcadoras de análise, ou seja, como uma variável a ser considerada na pesquisa criminológica e relações com o crime. Contudo, ainda que tenha se tratado de um movimento crítico ao sistema de dominação social, a atenção dispensada pela Criminologia Crítica às questões de gênero enquanto categorias de análise continuou inexistente.

Necessário destacar que, antes do termo Feminismo começar a ser utilizado na Criminologia, autoras como Heidensohn e Klein, por volta de 1968 e 1976, respectivamente, apontaram os equívocos iniciais na forma de abordagem da mulher criminalizada, seja pela completa ausência da mesma nos estudos, ou na “dis-

torção das suas experiências transgressivas de modo a enquadrá-las nos estereótipos dominantes”.<sup>136</sup>

Com base na progressão dos estudos feministas, passou a ser desenvolvido um estudo mais adequado acerca da questão de gênero inserida na discussão criminal, o que possibilitou a inclusão do gênero como categoria de análise. Segundo Heidensohn, a realização da inclusão do gênero nos estudos criminológicos implica retornar aos primórdios dos estudos sobre criminalidade, denominado por ela como “pré-história de gênero e crime”, ou seja, representa resgatar o período no qual a mulher foi tratada como o sexo mais vulnerável e propenso ao cometimento de crimes, em razão da sua posição social e moral, reduzida psíquica e biologicamente. Nesse ponto é necessário ressaltar o trabalho desenvolvido por Cesare Lombroso sobre a mulher delinquente, extremamente marcado pelo determinismo biológico, para, a partir desse início, discutir a questão da inclusão de gênero na pesquisa<sup>137</sup>.

---

136 MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. *Criminalidade feminina e construção do gênero*: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 30, n. 1-2, p. 34, jan. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0870-82312012000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312012000100005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 06 maio 2020.

137 MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. *Criminalidade feminina e construção do gênero*: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 30, n. 1-2, p. 34-35, jan. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0870-82312012000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312012000100005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 06 maio 2020.

Ademais, torna-se essencial compreender profundamente a diferenciação entre sexo e gênero para, assim, compreender o que de fato significa utilizar o gênero enquanto categoria de análise e como marcador relevante na pesquisa científica. É necessário compreender que a construção social ao redor do gênero e as atribuições dos papéis sociais de acordo com o gênero é que devem ser consideradas na crítica epistemológica feminista, não a questão biológica<sup>138</sup>.

Assim, a utilização do termo “gênero” busca abandonar a imposição do determinismo biológico existente quando se faz o uso da categoria de análise “sexo”, no sentido anteriormente destacado pela Criminologia Positivista. Ainda, o estudo através de gênero procura possibilitar a desconstrução de um ser considerado universal (nesse caso específico, a mulher universal), abrindo espaço assim para a possibilidade de problematização de todas as construções sociais que envolvem os incontáveis perfis de mulheres existentes na sociedade. Joan Scott contribuiu para a discussão, afirmando que o gênero enquanto categoria de análise não entrega uma resposta ou conclusão pronta acerca do que seria o sujeito em análise, e, segundo ela, gêne ro

---

138 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 21.

“é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”.<sup>139</sup>

Contudo, há uma crítica feita ao conceito de Scott no sentido de que o mesmo acaba reforçando a estrutura binária de masculino e feminino, e assim incute a ideia de que a discussão sobre gênero pressupõe a diferenciação entre os sexos biológicos<sup>140</sup>. Similarmente, Linda Nicholson também critica a utilização do termo gênero sempre como contraponto ao sexo biológico, visto que, para ela, gênero deve ser pensado “em relação à personalidade e ao comportamento, não ao corpo”.<sup>141</sup>

Por outro lado, a discussão sobre o conceito desenvolvido por Scott em 1986 e as críticas que sobrevieram após sua repercussão culminaram em novas colocações feitas pela referida autora, publicadas mais recentemente, nas quais esclarece que seu conceito busca essencialmente trazer à tona a ideia de que gênero é um conceito construído socialmente, bem como a ideia de mulher e de homem.<sup>142</sup>

---

139 SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Educação e Realidade, Porto Alegre. p. 86. jul/dez. 1995. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view-File/71721/40667>. Acesso em: 26 maio 2020.

140 GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 66-67, 2018. DOI: 10.15448/1984- 7289.2018.1.28209. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/28209>. Acesso em: 06 maio 2020.

141 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93, apud, NICHOLSON, 2000.

142 GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre,

Soraia da Rosa Mendes, por sua vez, classifica a compreensão do conceito de gênero como “uma construção cultural do feminino e do masculino através de processo de socialização que formam o sujeito desde a mais terna idade”. No mesmo sentido, a referida autora coloca que a própria ocorrência de conceituação de gênero foi imprescindível, pois, assim, passou-se a demonstrar que a opressão sofrida pelas mulheres não é de origem biológica, mas sim social. Nesse ponto, retorna-se à conceituação feita por Joan Scott, no ano de 2003, desenvolvida já após as críticas anteriormente relatadas, a qual implica dizer que o gênero, além de ser constituído pelas relações sociais, se traduz como uma “forma primária de relações significantes de poder”.<sup>143</sup>

No mesmo sentido, para Baratta, tal sujeição de um gênero ao outro se dá justamente quando há a subordinação dos papéis socialmente designados a um gênero e não ao outro, ou seja, quando somente alguns papéis são socialmente aceitos para um gênero determinado. Assim, Baratta sugere que é evidente a necessidade de um movimento de desconstrução seguido de reconstrução, ou seja, de desconstrução das posições designadas aos sexos e a reconstrução dos papéis de gênero que formam o modelo epistemológico androcêntrico de subordinação da mulher. Nesse sentido, Baratta

---

v. 18, n. 1, p. 68, 2018. DOI: 10.15448/1984-7289.2018.1.28209. Disponível em: <http://revistasletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/28209>. Acesso em: 06 maio 2020

143 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.



sustenta a necessidade de desconstrução e consequente reconstrução da relação do direito, da ciência, gênero e o funcionamento das instituições<sup>144</sup>:

O círculo vicioso da desigualdade não se transformará no círculo virtuoso da igualdade se modificar somente o mecanismo da distribuição dos recursos e das posições, sem que, paralelamente, a relação simbólica estabelecida, social e culturalmente entre as *esferas funcionais* (nesse diapasão, a ciência e o direito) e determinadas qualidades (racionalidade, abstração, objetividade, conformidade aos princípios, *dureza*, etc) venha reestruturada, bem como o relacionamento entre estas qualidades e o sexo biológico. Mantendo-se estas relações simbólicas, corre-se o risco de reificar as esferas funcionais e o gênero, de esquecer a relatividade cultural das instituições e do gênero e a sua dependência da construção social. A consequência de uma tal reificação seria o fato de que as instituições, assim como são e funcionam, seriam consideradas como naturais e necessárias, e os dois gêneros, com as suas diferentes *qualidades*, viriam a ser considerados como biologicamente determinados.

Soraia da Rosa Mendes esclarece acerca da revolução epistemológica do paradigma de gênero<sup>145</sup>:

O estudo da condição da mulher, através da ótica de gênero, representa a ruptura epistemológica mais importante das últimas décadas nas ciências sociais, pois, a partir daí, são desnudados estudos que invisibilizam a mulher, e tomam a perspectiva masculina como universal e como protótipo do humano em uma visão claramente androcêntrica.

---

144 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 22.

145 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87.

Assim, as ideias acima expostas se complementam no sentido de frisar a necessidade de revolucionar o modo de pensar científico, acarretando no denominado paradigma de gênero.

A compreensão desse paradigma se dá por meio do estudo das raízes das críticas da perspectiva feminista na Criminologia, o que Sandra Harding demonstra pela necessidade de crítica à epistemologia androcêntrica desenvolvida até aqui na Criminologia, ao colocar que o modelo considerado “normal” na pesquisa científica é aquele onde a dominação masculina prevalece e, concomitantemente, é naturalizada a tal ponto que a questão de gênero seja ignorada.<sup>146</sup>

No mesmo sentido, Olga Espinoza reconhece que a grande contribuição da perspectiva feminista através da inclusão do gênero enquanto paradigma fez com que fosse possível visualizar o sistema de justiça como reprodutor de conceitos tradicionais de estereótipos designados às mulheres e aos homens, constatação essa que pode proporcionar a análise da criminalidade feminina com base também em indagações e reflexões que busquem reformar as relações sociais entre os gêneros e com as instituições que compõem o sistema de justiça<sup>147</sup>.

---

146 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 20.

147 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*.

Portanto, surge a necessidade de construção de uma epistemologia crítica à epistemologia tradicional androcêntrica até aqui em voga, a qual introduz a imprescindibilidade de consideração e inclusão do gênero na análise, bem como de todo o simbolismo social que o mesmo carrega. Aqui, então, há a necessidade de diferenciar o paradigma tradicional (biológico), utilizado na criminologia tradicional, e o denominado paradigma de gênero, trazido pelas críticas feministas, justamente no sentido que Baratta introduz à discussão, ressaltando que existem duas formas de abordagem dessa diferenciação. A primeira diferenciação, denominada por ele como interpretação de nível mais baixo do paradigma de gênero, é aquela que propõe a busca por tratamento igual entre os gêneros, de caráter reformista, que busca reformar o direito a tal ponto que o mesmo tenha caráter neutro, sem gênero, ou, ainda, para ambos os gêneros (categorias binárias). Em outro sentido, ainda de acordo com Baratta, a diferenciação que atinge seu nível mais alto é aquela que encara de frente que o direito é guiado pelo paradigma tradicional androcêntrico e, nesse sentido, busca a real transformação estrutural do mesmo, com o objetivo de construir, assim, um direito andrógino<sup>148</sup>.

---

vo. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 74.

- 148 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 25.

## 2. EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS

Nesse ponto surgem os questionamentos acerca de como se desenvolve efetivamente um Direito andrógino, ou, ainda, se isso se dá através de um fazer científico andrógino. Assim, o estudo das tipologias feministas, ou ainda, epistemologias feministas, através de três autoras, quais sejam, Frances Olsen, Sandra Harding e Carol Smart, possibilita demonstrar que é possível desenvolver tal Direito através das epistemologias feministas. Ressalta-se que não há o intuito de hierarquizar as epistemologias aqui elencadas, mas sim de discutir seu desenvolvimento e embasamento, visto que estes não se dão de forma única.

### 2.1 O EMPIRISMO FEMINISTA

Sandra Harding reconhece a existência de uma distorção existente em função do gênero masculino (pode-se dizer, sexismo) e do androcentrismo na produção da ciência. Ainda, esclarece que a pesquisa feminista não busca a substituição de uma versão pela outra, ou seja, a versão de um gênero pela versão do outro, mas sim a superação da questão de gênero<sup>149</sup>.

Nesse sentido, o empirismo feminista traz a ideia de que é possível vencer tais distorções através da apli-

---

149 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 13, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

cação rigorosa das regras de pesquisa científica já existentes no sistema de pesquisa, e assim entregar objetividade. Desse modo, permitir o acesso das mulheres à pesquisa mediante o uso correto e rigoroso da metodologia científica já existente asseguraria o alcance das conclusões de mundo criadas pela ciência. Essa teoria valoriza os critérios científicos existentes e já utilizados e afirma que a utilização rigorosa desses pode pôr fim ao sexismo existente nos resultados da produção de conhecimento.<sup>150</sup>

No mesmo sentido, esclarece Soraia da Rosa Mendes:<sup>151</sup>

Esta corrente considera que o androcentrismo se localiza no contexto da justificação, ou seja, no momento da comprovação da hipótese e da interpretação de dados. Significa dizer que não há androcentrismo no momento em que se identificam e definem os problemas. O empirismo, então, busca corrigir o que se conhece como “má ciência”, mas acredita no modelo epistemológico tradicional. Nesta perspectiva, portanto, as regras metodológicas tradicionais permanecem intactas, tão somente agrega-se a perspectiva de gênero.

Assim, a teoria diz que tanto o Direito quanto a própria produção científica do saber colocam as mulheres em desvantagem, mas assim é somente porque os próprios conceitos e metodologias são utilizados de

---

150 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 14, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

151 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78.

maneira não rigorosa ou distorcida. Nesse sentido, o problema não seria a utilização desses critérios androcêntricos, visto que a resposta para o problema estaria, justamente, na rigorosa utilização dos princípios, metodologias e conceitos dos sistemas de maneira que assim não houvesse a discriminação de gênero<sup>152</sup>.

Por sua vez, Frances Olsen desenvolve acerca do direito, da criação de leis e da questão de gênero, que as leis são codificações masculinas. Assim, sustenta que há um sistema de divisão de conceitos, posto principalmente a partir do movimento iluminista, no qual pares de conceitos são utilizados, tais como racionais-irracionais, objetivos-subjetivos, ativos-passivos, pensamento-sentimento, poder-sensibilidade, abstrato-concreto, universal-particular, entre outros, e esses conceitos estão relacionados com a estrutura composta por pares opostos, sendo que os primeiros estão relacionados com o gênero masculino e os segundos com o gênero feminino, bem como hierarquizados entre si, sendo sempre o primeiro conceito superior ao segundo<sup>153</sup>.

---

152 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 28.

153 OLSEN, Francis. *El sexo del derecho*. In: SANTAMARÍA, Ramiro; SÁLGADO, Judith; VALLADARES, Lola (Orgs.). *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito: V&M Gráficas, 2009. p. 137. Disponível em: [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/4\\_Genero\\_en\\_el\\_derecho.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf). Acesso em: 28 maio 2020. p.1.

Segundo a autora, a lei é associada aos conceitos masculinos, pois deve ser racional, objetiva, principiológica. Assim, para ela, o Direito é relacionado ao masculino e, portanto, possui conceitos básicos de caráter androcêntrico em seu desenvolvimento<sup>154</sup>.

Carol Smart, partindo do ponto de vista da sociologia jurídica, também desenvolveu sua teoria, em parte semelhante ao colocado por Frances Olsen. A autora desenvolve argumentos acerca do Direito e a questão do gênero, sendo o primeiro deles baseado na ideia de que o Direito tem gênero. Para isso, Carol Smart passa por três fases de desenvolvimento de seu pensamento.

A primeira é baseada na consideração de que o Direito é sexista, pois deixou a mulher em desvantagem em relação aos homens (por exemplo, no matrimônio, na liberdade sexual e na igualdade de oportunidades).

Todavia, a mesma sustenta críticas no sentido de que este argumento está baseado na ideia de que mulheres são maltratadas porque são tratadas de forma diferente dos homens, de modo que remete à ideia de que o homem segue sendo a medida utilizada para o tratamento da mulher. Segundo a autora, essa ideia somente levaria ao julgamento das mulheres de acordo com conceitos femininos, o que, por outro sentido, encontraria

---

154 OLSEN, Frances. *What is feminist legal theory and why should gender studies care about it?*. Journal of Gender Studies, v.1, p. 26, Ochanomizu University, 1998. Disponível em: [http://www2.igs.ocha.ac.jp/en/wp-content/uploads/2000/04/01\\_03.pdf](http://www2.igs.ocha.ac.jp/en/wp-content/uploads/2000/04/01_03.pdf). Acesso em: 28 maio 2020.

obstáculos na universalização da mulher. Ademais, a autora coloca que a afirmação de que o Direito é sexista remete à ideia de que esse sexismo é epifenômeno, e não parte da estrutura binária da linguagem e dos significados, que demanda mudanças mais profundas.<sup>155</sup>

A segunda fase do desenvolvimento do pensamento de Carol Smart consiste em afirmar que o Direito é masculino, o que faz com base na observação empírica da realidade, bem como na constatação de que os valores utilizados no Direito, tidos como universais, são masculinos. Essa constatação reflete no momento de aplicação do Direito, de modo que a aplicação objetiva e rigorosa dos métodos e conceitos é, na realidade, aplicação de conceitos masculinos.

Por outro lado, Carol Smart ainda salienta alguns problemas enfrentados pela afirmação de que o Direito é masculino, eis que coloca o Direito como algo estanque, único, bem como pode leva ao universalismo dos homens ao colocar todos em uma categoria única.

A terceira fase do pensamento de Carol Smart não ignora as conclusões da segunda, e consiste em dizer que o Direito tem gênero. Nesse sentido, para a autora, essa afirmação facilita a forma de pensar o Direito, pois, diferentemente da segunda, possibilita o afastamento da ideia fixa de que qualquer maneira de

---

155 SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. BIRGIN, Haydée. *El derecho em el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 33-36.



usar o Direito estará dando vantagem aos homens em detrimento das mulheres, e traz a ideia de que a mesma aplicação do Direito gera resultados diferentes para homens e mulheres, pois são circunstâncias diferentes. Para exemplificar, Smart coloca que o cárcere feminino não seria mais benéfico se fosse igual ao do homem, havendo reflexos diversos para os gêneros nas mesmas condições de cárcere. Assim, a colocação de que o Direito tem gênero permite se desvencilhar de algum sexo biológico fixo como referencial empírico, fugindo por completo do determinismo biológico e assim abrindo espaço para categorias mais subjetivas e flexíveis.<sup>156</sup> Essa constatação tem impacto tamanho que coloca como indagações centrais as questões de como o Direito produz gênero e como o gênero opera dentro do Direito. Esse raciocínio, portanto, impõe reflexões críticas ao que o empirismo feminista sustenta.

Ademais, a visão do empirismo feminista encontra críticas também quando trata o sexismo e o androcentrismo presentes no Direito e na produção científica como fenômenos dos sistemas, e não da discriminação de gênero, pois isso implica abandonar o paradigma de gênero. Nesse sentido, Sandra Harding faz uma crítica à própria interpretação do empirismo feminista, escrevendo que<sup>157</sup>:

---

156 SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. BIRGIN, Haydée. *El derecho em el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 39-40.

157 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n.

[...] se os próprios conceitos de natureza, de investigação axiologicamente neutra, objetiva e isenta de juízos de valor, de conhecimento transcendente, são androcêntricos, brancos, burgueses e ocidentais, então a adesão mais rígida ao método científico não pode eliminar essas predisposições, já que os próprios métodos reproduzem as opiniões geradas pelas hierarquias e, dessa maneira, deturpam nossas interpretações.

Assim, é oportuno frisar que as críticas a essa corrente de pensamento se baseiam na ideia de que o empirismo feminista coloca o problema no tratamento diferenciado que é dispensado aos homens e às mulheres pelo Direito (o que remete ao pensamento feminista liberal), sem tratar a questão como um problema efetivamente estrutural.<sup>158</sup>

## 2.2 O PONTO DE VISTA FEMINISTA

Partindo para um segundo grupo de teorias acerca da epistemologia feminista, encontramos o que é chamado de “ponto de vista feminista”. Essa corrente está diretamente ligada ao feminismo radical e ao feminismo socialista, que depositam sua atenção na necessidade de olhar para as diferenças existentes entre homens e mulheres. Nesse sentido, essa vertente entende que o Direito e a ciência tradicionais possuem uma estrutura masculina, e compreende que o androcentrismo presente somente poderá ser vencido através

---

1, p. 15, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/0%x>.

158 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 61.

da aplicação dos conceitos femininos, ou seja, do ponto de vista feminista.<sup>159</sup>

Segundo Sandra Harding, as teorias dessa corrente se utilizam da visão marxista de que a ciência deve e pode refletir a realidade e concluem que a pesquisa do ponto de vista feminista gera resultados mais realistas, compreensões mais completas e objetivas.<sup>160</sup> Com isso, essa epistemologia intenta deslegitimar o androcentrismo já posto na ciência, no Direito e na sociedade. Para Sandra Harding, esse ponto de vista feminista abrange, além do Direito e da ciência, a luta política que busca a superação das dicotomias tradicionais, o que se fará, portanto, através do olhar da mulher, que traz um ponto de vista que difere da normalidade, justamente em razão da exclusão sofrida por ela até aqui na produção de conhecimento. Acerca da compreensão de mundo dos homens, Sandra Harding escreve:<sup>161</sup>

A experiência social característica dos homens, assim como da burguesia, oculta a natureza política das relações sociais que

---

159 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 31.

160 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 16, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

161 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 18, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

eles vêm como naturais. Os padrões dominantes de pensamento ocidental justificam a subjugação da mulher como necessária ao progresso da cultura e as visões muito parciais e mais despropositadas do homem como sendo as únicas dotadas de excelência humana.

Todavia, nesse ponto, é de se levar em conta a impossibilidade de construção e sustentação da existência da mulher universal, ou, ainda, da visualização das mulheres como um bloco único, pois é preciso ter como base que as mulheres do mundo vivem em inúmeras realidades espaciais, culturais, econômicas e raciais diferentes, que sofrem opressões diferenciadas, o que impede o estabelecimento de um denominador comum entre todos esses perfis de mulheres existentes.<sup>162</sup>

Acerca disso, Carol Smart sustenta que a ideia de que há uma realidade absoluta impressa no corpo de todas as mulheres não é mais plausível, uma vez que a ideia de mulher, como ideal, é muito distante das mulheres reais com suas particularidades.<sup>163</sup>

O ponto de concordância nos discursos dessa teoria é que o reconhecimento de que o ponto de vista feminista possibilita esclarecer que, de fato, os conceitos designados como femininos nos pares dicotômicos foram colocados em posição de subordinação quando

---

162 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102.

163 SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. BIRGIN, Haydée. *El derecho em el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 42.

comparados aos conceitos masculinos, ou seja, hierarquizados em relação a esses na ciência e no Direito.<sup>164</sup>

Baratta coloca em destaque dois pontos que precisam ser levados em consideração. O primeiro deles é o questionamento de que a valorização dos conceitos considerados femininos pode levar a uma visão estática da ciência e do Direito e, ao mesmo tempo, aceitar a construção dos gêneros elaborada justamente por essa dicotomia. Nesse ponto é de se relacionar com a ideia de Carol Smart, já abordada anteriormente, acerca da indagação de que a afirmação de que o direito é sexuado e masculino não acabaria por transformar o mesmo em algo estanque, uma unidade, o que resultaria na ausência de críticas às contradições internas do Direito.

O segundo ponto para a compreensão e reflexão sobre o ponto de vista feminista contribui bastante para as reflexões na criminologia feminista até os dias atuais. A questão levantada se baseia na dúvida de ser possível existir somente um ponto de vista feminista quando existem diversos tipos de mulheres e de feminismos. No mesmo sentido, questiona se é correto insistir na divisão binária de gênero e deixar em segundo plano outras variáveis, também opressoras, como raça, classe, idade, religião e outras.<sup>165</sup>

---

164 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 31.

165 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão cri-

Assim, considerando a teoria feminista e a epistemologia do ponto de vista feminista, vislumbra-se que as mesmas reflexões ocorridas dentro do movimento feminista ocorrem no desenvolvimento do ponto de vista feminista.

### 2.3 O PÓS-MODERNISMO FEMINISTA

O terceiro grupo de teorias, por sua vez, não está totalmente descolado do segundo. Contudo, para compreendê-lo, é preciso antes conceber como é possível superar as críticas anteriormente feitas pelas teóricas à própria teoria do ponto de vista feminista. Veja-se que a concepção de que a ciência e o Direito, de fato, são formados por conceitos majoritários, atribuídos ao gênero masculino, seguirá sendo sustentada, sem que se tenha a ideia de impossibilidade de superação de tal ponto. Além disso, no que se refere às demais variáveis de opressão da mulher (diferentes do sexismo), é possível superar as críticas tecidas através da visão de que o gênero não absorve as outras opressões, tampouco o ponto de vista feminista é um ponto de vista unitário, pertencente à mulher universal.<sup>166</sup> Assim, superadas as

---

minal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 33.

166 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 34.

relevantes críticas tecidas, tem-se de fato o terceiro grupo de teorias acerca da epistemologia feminista.

Esse terceiro grupo de teorias é chamado por Sandra Harding de “pós-modernismo feminista”<sup>167</sup> e, para compreendê-lo, é preciso entender do que se trata o conhecimento pós-moderno. Resumidamente, Soraia da Rosa Mendes trata o pensamento pós-moderno como aquele que busca questionar a universalização ou totalização do conhecimento, desconstruir e deslegitimar discursos opressores que compõem um pensamento hegemônico.<sup>168</sup>

Essa teoria do pós-modernismo feminista, portanto, pretende utilizar movimentos políticos e epistemológicos contra as concepções universais de homem e mulher, e assim enfrentar as opressões provenientes dessa universalização.<sup>169</sup>

Sobre o tema, o pensamento de Baratta acerca desse grupo de teorias:<sup>170</sup>

---

167 HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 16, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

168 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81-82.

169 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84.

170 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 35.

[...] O pós-modernismo feminista dista do fundamentalismo e da crença nas verdades absolutas tanto quanto do relativismo característico da filosofia pós-moderna.

Em vez de ser etiquetado como “pós-modernismo feminista”, este viria mais convicentemente rotulado como uma fórmula que ressaltasse o fato de o mesmo constituir, na realidade, um *pensamento contextual*. Como todo pensamento contextual, também o feminista é um pensamento que “descontrói” para reconstruir, que desmistifica as *grandes narrações* da ciência e da cultura dominante não para se refugiar em uma narrativa de validade limitada no tempo e no espaço, como sugere, por exemplo, Jean-François Lyotard, mas sim para reconstruir um conhecimento que, sem negar as conquistas da ciência moderna, vai além das distorções da mesma em prol de projetos de dominação, resgata a sabedoria feminina e a popular por esta encampada, tornando-se, deste modo, indispensável alimento teórico das alianças e das lutas para a emancipação e o desenvolvimento humanos. (grifo do autor).

Acerca do pós-modernismo feminista, Sandra Harding tece algumas críticas ao sustentar que esse pensamento acaba por, nas palavras dela, “desafiar a legitimidade da tentativa de descrever a realidade do mundo de uma perspectiva especificamente feminista” (aqui se remete ao ponto de vista feminista), eis que essa teoria sustenta um relativismo inadequado e retrógrado em alguns aspectos, que, no seu entendimento, pode representar uma aceitação da legitimidade dos grupos dominantes na detenção do conhecimento.<sup>171</sup> A autora, portanto, faz duras críticas a essa teoria, mas a considera

---

171 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 19, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.



relevante e acertada em alguns aspectos, principalmente porque as pesquisas feministas têm buscado a verdade e a objetividade para uma compreensão mais completa de mundo.<sup>172</sup>

De toda forma, diante do objetivo desse terceiro grupo de teorias e da sua relação com o conhecimento pós-moderno, resta esclarecer o que deve ser desconstruído e posteriormente reconstruído.

Através do feminismo pós-moderno, há o intuito de desconstrução da objetificação que baseia os conceitos dicotômicos (anteriormente já citados), bem como a aplicação disso na conceituação de gênero na ciência, no Direito, na criminologia, e, por fim, nas instituições de controle social e no Direito Penal, como por exemplo no julgamento e encarceramento feminino.

Em decorrência, busca-se reconstruir uma sociedade portadora de um conhecimento que seja adequado ao complexo desenvolvimento humano, que tenha caráter andrógino e que esteja de acordo os valores e qualidades que foram polarizados de maneira dicotômica quando da conceituação de gênero, de forma a reconstruir o método de pesquisa para que sejam levadas em consideração as diversas variáveis e opressões

---

172 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 16, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

da complexidade humana, a fim de que seja possível chegar a resultados de maneira responsável.<sup>173</sup>

A fim de relacionar as duas últimas epistemologias colocadas, é relevante a interpretação de Sandra Harding, que sustenta a necessidade de visualizar essas duas correntes de modo convergente, levando-se em consideração que o ponto de vista feminista proporciona a construção de um pensamento que visa um mundo ideal, no qual as mulheres e seus saberes ganham poder, o que justamente dá respaldo para o surgimento para o pós-modernismo feminista.<sup>174</sup>

Acerca da relação entre as epistemologias feministas, Sandra Harding escreve que esses “projetos de ciência alternativa” estão em constante conflito com outras epistemologias libertadoras, o que traz ao debate questões sobre como e se as epistemologias feministas são de fato superiores às demais. A referida autora coloca que, de certa forma, há acerto na separação binária de mundo (homens e mulheres), principalmente porque a luta feminista consistiu até o momento em rei-

---

173 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 36.

174 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 20, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

vindicar a visualização das mulheres como membros de um determinado gênero antes subjugado.

Ocorre que, segundo ela, não é possível ignorar a existência de outros grupos também dominados, como grupo colonizados, classes sociais ou raças. Ainda, não é possível persistir na ideia de encarar tais grupos dominados de modo universal, da mesma forma que não é possível insistir no gênero como característica idêntica para todas as mulheres.

Diante de tais constatações, Sandra Harding sugere maneiras de superar tais questões. De um modo, seria possível admitir que a epistemologia feminista não possui caráter totalizante ou superior às demais, e assim desenvolver um diálogo com as outras epistemologias dos grupos dominados, mantendo as categorias postas pela epistemologia feminista e alinhando as mesmas às demais categorias epistemológicas. Ainda, a autora sugere a possibilidade dessas epistemologias provenientes das ideias de outros grupos dominados abrirem mão da unidade epistemológica, de modo a cada uma desenvolver seus conceitos e demonstrar suas opressões históricas, sem buscar conceitos universais.<sup>175</sup>

Nesse cenário, imprescindível destacar a necessidade da disputa epistemológica considerar a situação

---

175 HARDING, Sandra. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 20-23, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

das mulheres racializadas. Conforme sustenta Juliana Borges, a ausência de perspectiva interseccional na formulação de políticas pública é fator decisivo para a manutenção dos estamentos econômicos e, na mesma medida, ideológicos. Logo, conseqüentemente, fator decisivo para a estagnação epistemológica. Segundo a autora, “o pensamento feminista negro se estabelece apontando o elemento da pluralidade de existências e pautando-se contra universalidades”, e tem como um dos pontos principais, de acordo com o pensamento de Patrícia Hill Collins, “a defesa de si conectada à defesa do outro”<sup>176</sup>.

Assim, conectando a ideia de produção epistemológica e sua influencia na produção criminológica e, conseqüentemente, punitiva, tem-se que “é a perspectiva racializada que define quem será ou não punido”, ou ainda, é a condição social ou a condição de gênero que terá impacto na forma de julgamento moral e na punição<sup>177</sup>.

Portanto, a única forma de superação da universalização da mulher (ou de qualquer categoria de análise) é mediante a consideração dos aspectos historicamente ignorados na construção do conhecimento, através da constatação e consideração de suas diferenças sociais, econômicas e culturais na construção epistemo-

---

176 BORGES, Juliana. *Encarceramento em Massa*. São Paulo; Pólen, 2019. p. 114.

177 BORGES, Juliana. *Encarceramento em Massa*. São Paulo; Pólen, 2019. p. 122.

lógica comprometida com a transformação da produção de conhecimento e com seus reflexos na sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As epistemologias feministas abordadas, conforme demonstrado, não formam uma unidade de conhecimento e pensamento científico. A abordagem do processo de construção do conhecimento epistemológico denominado “epistemologia feminista” demonstrou que a construção da epistemologia feminista pode ser abordada através de grupos de teorias que possibilitam a reflexão acerca da relação entre gênero, criminologia e pesquisa científica. É possível afirmar, portanto, através da pesquisa realizada, que a construção dessas epistemologias está diretamente relacionada ao desenvolvimento do paradigma de gênero, o qual representa o ponto de diferenciação da Criminologia Feminista das demais.

Além disso, foi possível constatar que a pesquisa científica (aqui focada no campo do Direito) é um campo desenvolvido com base em concepções masculinas, o que resultou no desenvolvimento de leis e do Sistema de Justiça que acarretam em um tratamento não adequado às mulheres, pois não levam em consideração as necessidades específicas de gênero, o que inclusive auxiliou na naturalização e manutenção da divisão de espaços e funções diferenciados para os gêneros.

Por outro lado, a presente pesquisa demonstra que é possível pensar e fazer a ciência do Direito de maneira a considerar as especificidades de gênero e assim

produzir nas ciências criminais um Sistema de Justiça atentos às demandas das particularidades de gênero.

Ainda, é possível concluir que o desenvolvimento da criminologia feminista é de extrema relevância para a situação das mulheres, seja enquanto vítimas de crimes ou enquanto desviantes, de modo que tal pesquisa precisa ser realizada buscando as raízes das opressões ainda presentes, desde a concepção de conceitos básicos, para cada vez mais descolar por completo a ideia positivista enraizada sobre a mulher inserida no sistema penal. Ademais, imprescindível que tal desenvolvimento epistemológico feminista perpassa e considere a diversidade na construção das histórias das mulheres e suas diferentes vivências, incluindo-se aí a perspectiva racial na identificação das opressões.

Assim, o objetivo inicial de abordar a concepção da virada do paradigma de gênero na Criminologia e o processo de construção do conhecimento epistemológico denominado “epistemologia feminista” através das três perspectivas abordadas restou devidamente atingido.

Conclui-se, por fim, que a realização de adequado estudo sobre a situação das mulheres demanda a consideração das epistemologias feministas já desenvolvidas e a inclusão de marcadores sociais e raciais na análise criminológica feminista, sob pena de se efetuar uma análise descolada da realidade. Assim, é possível afirmar que a Criminologia Feminista representa o caminho para proporcionar a construção de um Direito

mais alinhado com os debates de gênero e, desse modo, alinhado com as histórias das mulheres.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BORGES, Juliana. *Encarceramento em Massa*. 1. ed. São Paulo; Pólen, 2019.
- ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/28209>. Acesso em: 06 maio 2020.
- HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 1, jan. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15984>. Acesso em: 28 maio 2020.
- MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. Criminalidade feminina e construção do gênero: emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 30, n. 1-2, jan. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0870-8231201200100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-8231201200100005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 06 maio 2020.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLSEN, Frances. *What is feminist legal theory and why should gender studies care about it?*. Journal of Gender Studies, v.1, Ochanomizu University, 1998. Disponível em: [http://www2.igs.ocha.ac.jp/en/wp-content/uploads/2000/04/01\\_03.pdf](http://www2.igs.ocha.ac.jp/en/wp-content/uploads/2000/04/01_03.pdf). Acesso em: 28 maio 2020.
- OLSEN, Francis. El sexo del derecho. In: SANTAMARÍA, Ramiro; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola (Orgs.). *El*

- género en el derecho: ensayos críticos*. Quito: V&M Gráficas, 2009. Disponível em: [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4\\_Genero\\_en\\_el\\_derecho.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf). Acesso em: 28 maio 2020.
- SCOTT, Joan. *Género: uma categoria útil de análise histórica*. Educação e Realidade, Porto Alegre. jul/dez. 1995. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/viewFile/71721/40667>. Acesso em: 26 maio 2020.
- SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. BIRGIN, Haydée. *El derecho em el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.



# JURISPRUDÊNCIA SOBRE DELAÇÃO PREMIADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: EXPRESSÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

*CASE LAW ON PLEA BARGAIN IN THE SANTA CATARINA  
COURT OF JUSTICE: EXPRESSION OF THE SELECTIVITY OF  
THE PENAL SYSTEM*

**Luise Budde Mior<sup>178</sup>**

**RESUMO:** O artigo analisa a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) quanto ao instituto da delação premiada. O problema de pesquisa é determinar se ocorreram acordos de delação premiada nos moldes dos casos da Operação Lava-Jato em casos de acusações de tráfico para mulheres. O método utilizado é o dedutivo, partindo-se das premissas do racismo, classismo e misoginia estruturais do sistema de justiça criminal, como Juliana Borges ressalta. Adotou-se como metodologia ainda a busca no sítio de jurisprudência do TJSC, os termos “Premiada. Lei 12.850/2013” e registraram-

---

178 Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Curso especialização em Direito Penal e Criminologia coordenada pela instituição Introdução à Criminologia e certificada pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4007-3637>. Email: [luisemior15@tutanota.com](mailto:luisemior15@tutanota.com). Link Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3093473484198616>.

se resultados e argumentos. O referencial teórico da pesquisa é o da criminologia crítica feminista e antirracista. Concluiu-se que em apenas um caso ocorreu oferta de acordo conforme os parâmetros estabelecidos pela Operação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Delação Premiada. Lei de Organizações Criminosas. Tráfico de Drogas. Encarceramento feminino. Criminologia Crítica.

## INTRODUÇÃO

O instituto da delação premiada tem sido amplamente debatido na sociedade brasileira devido à operação Lava Jato, e muito tem sido escrito a respeito, desde como deve ser o procedimento, até análises sobre a constitucionalidade do instituto. Contudo, não houve ainda análises jurisprudenciais pelo viés da criminologia crítica antirracista, visando determinar se o instituto é aplicado a todos os grupos sociais igualmente, bem como para quais crimes que são ofertados acordos com benefícios semelhantes aos concedidos à famosa Operação.

Muitos membros do Poder Judiciário apoiam a delação premiada, sustentando que daria maior eficiência ao processo penal, bem como reduziria custos do processo e atingiria os grandes criminosos<sup>179</sup>. Rômulo Moreira<sup>180</sup> entende como inconstitucional a delação

---

179 ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2020.

180 MOREIRA, Rômulo. A delação premiada no Brasil- ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos. In: TOMAZINI, A.(org.). *Ciências Criminais: uma introdução*.

premiada, enquanto Alexandre Morais da Rosa<sup>181</sup> e Iara Lopes<sup>182</sup> têm críticas, mas entendem como inevitável o uso do instituto, sendo necessária regulamentação para reduzir a possibilidade de abusos em sua aplicação.

Sabe-se que os defensores da delação premiada entendem que o sistema penal sem esse instituto é ineficaz para atingir os grandes criminosos<sup>183</sup>. Por outro lado, também se sabe que o tráfico de drogas é visto majoritariamente como um dos crimes mais gravosos que existem – a população teme traficantes, bem como juízes tendem majoritariamente a condenar com severidade os/as acusados/as de tráfico de drogas, como demonstra a tese de doutorado de Marcelo Semer<sup>184</sup>. A mesma obra também registra o fato de que na maioria das vezes os/as acusados/as de tráfico são encontrados com pequenas quantidades de droga – em até três quartos dos processos a quantidade apreendida é inferior a um quilo. A pesquisa de Semer buscou sentenças nos Tribunais de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás, Pará, Bahia e Maranhão. Assim, é possível afirmar que os grandes traficantes não tem sido presos – os casos do 39 (trinta e nove) quilos no avião da Força Aé-

---

Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

181 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

182 LOPES, Iara Maria Machado. *O sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo*. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2020.

183 MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. REVISTA CEJ (BRASILIA), v. 26, p. 56-62, 2004.

184 SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

rea Brasileira em 2019<sup>185</sup> e dos 450 (quatrocentos e cinquenta) quilos no helicóptero em 2013 perto da cidade Afonso Cláudio<sup>186</sup> servem como exemplos. Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) Mulheres 2018<sup>187</sup>, o tráfico de drogas é responsável por dois terços do encarceramento feminino. Também é sabido que as mulheres não são grandes traficantes – na verdade, são a ponta mais baixa na hierarquia criminosa, “mulas” via de regra, como demonstram várias pesquisas sobre encarceramento feminino – como escreve Sá<sup>188</sup>. Por isso, entende-se que o instituto da delação, se é o que os defensores desta dizem ser, seria muito útil para combater tráfico de drogas, pois possibilitaria pegar o grande traficante<sup>189</sup>. Assim, tem-se a questão: em Santa Catarina, tem-se usado o instituto para atingir os grandes traficantes de drogas?

---

185 AGUIAR, Liana. *O que se sabe sobre a prisão de militar com 39 kg de cocaína em avião da FAB na Espanha*. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48773880>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

186 BALZA, Guilherme. *Polícia Federal apreende 450 g de cocaína em helicóptero da família Perella*. 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/11/25/pf-apreende-450-kg-de-cocaina-em-helicoptero-da-familia-perrella.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

187 BRASIL, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres – Maio de 2018*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2020.

188 SÁ, Priscilla Placha (org.). *Diário de uma intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere*. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2018. v. 1.

189 MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. REVISTA CEJ (BRASILIA), v. 26, p. 56-62, 2004.

O trabalho obteve um panorama dos casos em que se mencionou a delação premiada no sítio de jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), a fim de atingir seu objetivo: determinar se tem sido aplicado o instituto, especialmente se em casos de tráfico de drogas. A pesquisa no sítio de jurisprudência foi pelos termos “Premiada. Lei 12.850/2013”, desde 02 de agosto de 2013 até 14 de junho de 2021. O número de acórdãos resultados foram 11 (onze), e por isso não se delimitou ainda mais a pesquisa. Optou-se por não mencionar os nomes das pessoas envolvidas, pois tal dado é irrelevante para os fins do trabalho.

De início, deve-se apresentar algumas das premissas do referencial teórico.

## 1. CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A criminologia crítica alterou o foco da criminologia tradicional. Em resumo, deixou de procurar o motivo pelo qual as pessoas cometem crimes, e passou a questionar a ideologia que fundamenta os conceitos de ‘criminoso’ e ‘crime’, além de expor a seletividade e o propósito real do direito penal, como Zaffaroni<sup>190</sup> explica.

Em síntese, o status quo não é determinado por si só, mas depende da interação, do conjunto de rela-

---

190 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas* – A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ções entre as pessoas. Assim, não existe o crime em si, é uma caracterização que as pessoas atribuem. A ideologia afeta a compreensão do crime. Como exemplo: matar uma pessoa é crime pelo código penal, matar na guerra é ato honroso. Tal *insight* é fundamental para analisar a questão criminal.

Ana Luiza Pinheiro Flauzina<sup>191</sup>, uma das expoentes da criminologia crítica antirracista, escreve que a criminologia crítica expõe ainda a diferença espantosa (denominada cifra oculta) entre a quantidade de crimes ocorridos e os que são cadastrados oficialmente nos inquéritos policiais. Dentre os inúmeros inquéritos policiais, uma porcentagem ínfima resulta em denúncia. Portanto, os crimes se desmancham dentro do sistema penal. Devido a esta seleção, tem-se como consequência que o sistema penal nunca pode ser igualitário, a seletividade é necessária, devido aos limites humanos e de recursos. Como Eugenio Raul Zaffaroni explica:

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não

---

191 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2020. 145 f. Dissertação (mestrado). – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.<sup>192</sup>

Ou seja, caso o Estado multiplicasse sua capacidade de trabalho, contratando muitas mais pessoas, bem como expandindo a infraestrutura necessária para aprisionamento, teria como resultado indesejado a criminalização de praticamente todas as pessoas por múltiplos crimes.

Pinheiro explica ainda que:

E mais, com o número ínfimo de delitos que é realmente capaz de administrar (de acordo com Alessandro Baratta seguramente algo inferior a 10%), podemos concluir que a impunidade e não a criminalização orienta a lógica de funcionamento do sistema.<sup>193</sup>

Portanto, a impunidade, tão criticada pela comunidade jurídica, é inevitável. Crimes são praticados a todo momento, o sistema jurídico seleciona quem será a pessoa atingida. O que leva a outra conclusão da criminologia crítica: o sistema penal não se preocupa com a gravidade das condutas, mas sim com as pessoas que deseja atingir. Para Zaffaroni<sup>194</sup>, é a população mais vulnerável – que no Brasil se entrelaça com população negra.

---

192 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 26

193 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2020. 145 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2006. p. 24.

194 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Em resumo, Flauzina anota que o sistema penal brasileiro é direcionado na gênese para atingir a população negra, o que não significa que apenas pessoas negras são presas, mas há essa preferência, como o INFOPEN desvela.

Juliana Borges<sup>195</sup> expõe que o aprisionamento de mulheres cresceu 567,4% de 2006 a 2014, enquanto no mesmo período o aumento da população carcerária masculina foi de 220%. Entre as mulheres encarceradas, 67% são negras, e entre massa carcerária feminina 62% são presas por tráfico de drogas. Assim, considerando tais premissas, tem-se que é necessário fazer estudo interseccional sobre população carcerária, pois as opressões se entrecruzam e são diversas.

Portanto, a análise da atuação do sistema penal neste trabalho parte do pressuposto que a atuação penal se direciona brutalmente para população negra e pobre, enquanto homens brancos ricos não são maltratados pela polícia, e recebem leniência por parte do restante do sistema penal.

Passa-se para análise da legislação.

## 2. LEGISLAÇÃO E CONCEITOS

Para a compreensão do presente escrito, mostra-se necessário conceituar os termos colaboração premiada, delação premiada e *plea bargaining*, bem como

---

195 BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2019.



a previsão legal dos institutos, para então se realizar análise jurisprudencial.

Andressa Tomazini<sup>196</sup> explica que colaboração premiada é o instituto de origem estrangeira – incorporado ao ordenamento jurídico nacional – que trata da possibilidade de acordo entre o Estado e sujeitos participantes da Organização Criminosa, tendo diversos modos de se concretizar, sendo previstas no artigo 4º da Lei 12.850/2013 as modalidades – das quais a delação é uma delas.

Por sua vez, Flavio Antônio da Cruz, em entrevista a Beatriz Conde Miranda<sup>197</sup>, conceitua delação premiada: “[é] um instituto processual pela qual um suspeito ou acusado celebra um acordo com a acusação em troca de uma redução ou não aplicação de uma possível sanção, comprometendo-se a fornecer elementos probatórios em desfavor de terceiros.” Ou seja, na delação premiada ocorre acordo entre suspeito ou réu e membro do Ministério Público, com a obrigação de trair os comparsas.

*Plea bargaining* é abordado por Cruz no artigo “*Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades”. Ele cita a autora Hedieh Nasheri, que conceitua

---

196 TOMAZINI, Andressa. O (des)compromisso parcial com a verdade por parte do colaborador independentemente da natureza jurídica e probatória preferida no acordo de delação premiada. In: TOMAZINI, A(org.). *Ciências Criminais: uma introdução*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

197 CRUZ, Flávio Antônio. *Delação premiada: um instrumento da justiça?* Beatriz Conde Miranda. Portal GGN. 2019. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/justica/delacao-premiada-um-instrumento-de-justica-por-beatriz-conde-miranda/>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

o *plea bargaining* nos Estados Unidos e Canadá, como 'o processo pelo qual o acusado ou suspeito em um caso criminal renuncia ao seu direito ao julgamento em troca de uma redução da acusação ou da sentença. É uma barganha, consistindo da troca de uma concessão oficial para o acusado ou autocondenação.'<sup>198</sup>

Ou seja, *plea bargaining*, segundo a autora Hedieh Nasheri, é o processo no qual acusado ou suspeito em ação criminal abre mão do direito ao julgamento para obter benefício de redução da acusação ou sentença. Não é exatamente como delação premiada, mas nos trabalhos acadêmicos brasileiros se tem usado como sinônimo. Nos processos analisados, todas as colaborações eram delações, sendo por isso que utiliza-se o termo delação premiada.

## 2.1 DELAÇÃO PREMIADA EM OUTROS DIPLOMAS LEGISLATIVOS FORA DA LEI 12.850

As juristas Camile Eltz de Lima e Fernanda Correa Osório explicam que os parlamentares não inventaram um instituto penal novo na Lei de Organizações Criminosas. As autoras anotam que a mudança de nome visa retirar o caráter pejorativo da expressão delator, tornando-o um colaborador do Poder Judiciário. A Lei de Organizações Criminosas só mudou o nome do instituto da

---

198 CRUZ, Flávio Antônio da. *Plea Bargaining e Delação Premiada*: algumas perplexidades. In: Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, Ed. 02, Dezembro, 2016b. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2020. p.13

delação premiada, que está prevista em diversos diplomas legislativos há vários anos. Como explanam:

[O instituto delação premiada está] previsto no ordenamento jurídico pátrio [...]. desde 1990, com a Lei 8.072/1990 (Crimes Hediondos). Aliás, a inserção da delação processual seguiu-se, de igual forma, em legislações esparsas: Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.137/1990 (crimes contra ordem tributária e econômica), Lei nº 9.034/1990 (crime organizado, recentemente revogada pela Lei 12.850/2013), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem de capitais, alterada pela lei nº 12.682/2012), na Lei nº 9.807/1999 (proteção de vítimas e testemunhas) e na Lei nº 11.343/2006 (entorpecentes).<sup>199</sup>

Em outras palavras, o instituto da delação premiada já tem previsão legal desde 1990, em diversas leis esparsas – cada um referente a um tipo penal específico, salvo na Lei de Proteção de vítimas e testemunhas, que como o nome indica, tem o propósito de proteger vítimas e testemunhas de crimes.

## 2.2 DELAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A Lei de Drogas prevê o instituto da delação premiada no artigo 41, porém, não se aborda neste artigo, pois não é negócio jurídico, mas sim mecanismo de redução de pena. Ainda, a previsão da Lei nº

---

199 LIMA, Camile Eltz de; OSÓRIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da lei nº 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. (orgs) *Processo penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Impório do Direito, 2016. p.193

12.850/2013 da delação pode ser aplicada ao tráfico de drogas, como veremos daqui a pouco.

Por sua vez, a Lei de Organizações Criminosas regulamenta o instituto com maiores detalhes e define a delação como negócio jurídico, sendo necessário acordo com o Ministério Público. O presente trabalho não tem interesse nos detalhes do procedimento de delação premiada, mas sim nos requisitos e benefícios previstos. Por isso, passa-se à descrição do artigo 4º da Lei:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa delação advinha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.<sup>200</sup>

---

200 BRASIL. Congresso. *Lei nº 12.850*, de 02 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Art.,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Pena%20%2D%20reclus%C3%A3o%2C%20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Art.,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Pena%20%2D%20reclus%C3%A3o%2C%20)

Da leitura do artigo, conclui-se que a lei de organizações criminosas prevê mais possibilidades de benefícios para o colaborador: o perdão judicial, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou ainda, não ser denunciado. Há mais possibilidades para que se torne colaborador: identificação de copartícipes, revelação da estrutura criminosa, evitar ações criminosas, recuperação dos produtos do crime, ou recuperação da vítima intacta.

A Lei de Organizações Criminosas também pode ser aplicada à acusações de tráfico de drogas, devido à conceituação de organização criminosa no § 1 do art. 1º da Lei: associação de no mínimo quatro pessoas, organizada estruturalmente com divisão de atribuições, mesmo que informais, com finalidade de conseguir, direta ou indiretamente, vantagem, através da execução de crime cuja pena máxima seja maior de quatro anos. O tráfico de drogas tem pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de prisão, atendendo o requisito portanto.

### *2.3 ANÁLISE BREVE ACORDOS DE DELAÇÃO DA OPERAÇÃO*

Como o objetivo do trabalho é determinar se ocorrem acordos de delação no TJSC conforme os parâmetros da Lava-Jato, mostra-se necessário analisar brevemente alguns dos casos da famosa operação. Como

---

de 203%20(, %C3%A0s%20de%20mais%20infra%C3%A7%C3%B5es%20penais%20praticadas. Acesso em 12 de setembro de 2020.

Iara Lopes<sup>201</sup> escreve, o acordo de delação de Paulo Roberto Costa determinava prisão domiciliar, fixação de limite de cumprimento de pena privativa de liberdade de dois anos, obrigação do MP de arquivar Inquéritos Policiais e suspender procedimentos e processos pendentes ou futuros e ações penais contra o delator (mesmo que por crimes não relacionados à delação). Dalton dos Santos Avancini e Eduardo Hermelino Leite foram condenados a 15 anos e 10 meses de prisão, iniciando-se com prisão domiciliar por um ano, depois dois anos de “regime semiaberto diferenciado — recolhimento domiciliar nos finais de semana e durante a noite”, tendo que cumprir cinco horas semanais de serviços comunitários. Depois, a pena progride para o regime aberto. O acordo de delação de Pedro José Barusco Filho recebeu regime aberto diferenciado, independente de quantidade fixada em sentença condenatória, bem como a imunidade de ações cíveis e de improbidade administrativa. Em contraposição, na mesma sentença que definiu benefício de Paulo Roberto Costa, Marcelo Odebrecht, antes de aceitar colaborar, foi condenado a 19 anos e quatro meses de prisão por envolvimento no esquema de corrupção descoberto na Petrobras<sup>202</sup>. Nota-se a diferença de tratamento entre quem delata

---

201 LOPES, Iara Maria Machado. *O sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo*. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2020.

202 JUSTI, Adriana; DIONÍSIO, Bibiana. *Sentença interdita executivos da odebrecht por até 38 anos*. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/sentenca-interdita-executivos-da-odebrecht-por-ate-38-anos.html>. Acesso em 01 dez. 2020.

e quem não. Em síntese: os acordos são extremamente generosos. Não ser condenado a ir aos presídios brasileiros é um benefício que muitos lutariam para ter, pois o próprio Supremo Tribunal Federal assume o Estado de Coisas Inconstitucional vigente no sistema penitenciário brasileiro.

Passa-se à análise jurisprudencial do TJSC.

### **3. O BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

Como Direito é ciência social aplicada, para se obter um panorama de institutos legais é pertinente analisar a jurisprudência dos casos concretos.

A pesquisa pelos termos “Premiada. Lei 12.850/2013” com prazo entre 02 de agosto de 2013 e 14 de junho de 2021 teve 11 (onze) processos como resultado – um Habeas Corpus se repetiu. Havia cinco apelações criminais, três habeas corpus, um agravo de execução penal, uma apelação criminal de réu preso e um processo de crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. Dois dos processos estão em segredo de justiça, e por isso não se analisam (processos n. 4026146-06.2019.8.24.0000 – habeas corpus e n. 0900093-83.2019.8.24.0015 – apelação). Outro Habeas Corpus criminal não se analisa porque trata de recurso de delatado, sem haver menção ao nome do delator, o que foge do foco do trabalho (processo nº 4010692-88.2016.8.24.0000).

### *3.1 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001554-33.2019.8.24.0010*

É uma apelação criminal de origem da Comarca de São Ludgero. Foi julgada em 28 de janeiro de 2021 pela Quarta Câmara Criminal. É um caso curioso, pois ocorreu a apelação de decisão que homologou acordo de delação premiada do apelante. Porém, no momento da apelação o juiz ainda não sentenciara e o benefício para o apelante não havia sido concedido, que alegava ser o único ainda a ser julgado na ação penal, enquanto delatados já teriam sido beneficiados com ocorrência da prescrição. O recorrente ainda advogava que seria abusivo exigir a avaliação da eficácia da delação para então conceder o benefício, que o juiz estaria dificultando a produção de provas, e que suas informações haviam ajudado a identificar os comparsas.

Desembargadores denegaram sustentando que o acordo de delação previa que os benefícios só seriam dados após avaliação da eficácia do acordo na sentença, e que o apelante estava ciente disso ao assinar.

### *3.2 CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (PROCESSO N. 8000215-30.2019.8.24.0000)*

Trata-se na verdade de Habeas Corpus, porém houve outra nomeação devido aos crimes em questão. No caso, não houve requisição de concessão de bene-



fícios da delação, mas sim recurso de dois delatados que pleiteavam a nulidade do recebimento da denúncia porque teria se fundamentado em delação. No caso, a denúncia imputava crimes da Lei nº 8.666 e corrupção ativa e passiva, entre membros do Poder Executivo e empresa responsável por coleta de lixo.

Os desembargadores negaram o pedido dos delatados, sustentando que a aceitação da denúncia não estava fundamentada apenas na delação, mas também em outros indícios. Decidiu-se analisar porque o processo menciona o nome do delator, o que possibilitou a pesquisa. No caso, é funcionário da empresa e não foi preso, atuando ainda na mesma empresa. Trata-se do único caso em que houve acordo com benefícios no padrão da Operação Lava-Jato.

### *3.3 APELAÇÃO CRIMINAL (RÉ PRESA) N. 0002048-24.2017.8.24.0023*

Apelação proveniente de sentença condenatória da comarca da Capital. Foi julgada em 25/06/2019 pela Terceira Câmara Criminal. Este processo foi atípico, pois a apelante foi condenada por tráfico de drogas, mas desembargadores tratam dos requisitos previstos na Lei de Organizações Criminosas para delação, além das exigências do art. 41 da Lei de Drogas. A recorrente veio requerer anulação da sentença condenatória por descumprimento da delação premiada.

Desembargadores denegaram com os mesmos argumentos com que a juíza denegou a redução de

pena: não havia documentos comprovando acordo de delação premiada entre membro do Ministério Público e apelante. Os desembargadores também sustentam que as informações que ela deu em juízo a respeito da identidade do fornecedor e do receptor de drogas serem insuficientes para caracterizar delação, pois não deram resultado eficaz.

### *3.4 AGRADO DE EXECUÇÃO PENAL N. 0000964-18.2018.8.24.0034*

Trata-se de recurso do Ministério Público contra decisão que soltou condenado por tráfico de drogas devido à homologação do acordo de delação. Segundo o *parquet*, o juiz da execução penal tomou decisão antecipada, determinando a soltura do colaborador. Decidiu-se analisar a decisão porque tem-se o nome do colaborador, o que possibilitou a pesquisa. No caso, o juiz que homologara o acordo ainda não tinha analisado a eficácia da delação, para então determinar o benefício.

### *3.5 APELAÇÃO CRIMINAL N. 0002238-32.2017.8.24.0008*

Apelação proveniente de sentença condenatória da comarca de Blumenau. Foi julgada em 24/01/2019 pela Primeira Câmara Criminal. A denúncia imputava o crime de organização criminosa circunstanciada pelo emprego de arma de fogo e participação de adolescente em roubo. Foi um processo incomum na pesquisa, pois diferentemente dos demais, quem recorreu não

estava demandando concessão do benefício de redução da pena por delação, mas sim um dos delatados que veio requerer a denegação da homologação da delação. Registra-se o caso porque no processo houve delatora – que fez acordo de delação premiada entregando nomes dos comparsas e recuperando produtos do crime. Mesmo com a delação, ocorreu a prisão da mulher.

### *3.6 APELAÇÃO CRIMINAL N. 0003349-66.2016.8.24.0079*

Apelação proveniente de sentença condenatória da comarca de Videira. Foi julgada em 11/10/2018 pela Quinta Câmara Criminal. A denúncia atribuía o crime de roubo e posse irregular de munições ao recorrente. O apelante solicitou redução de pena no máximo de 2/3 pela delação premiada referente ao roubo, alegando que suas informações haviam sido vitais para eficácia da ação penal.

Desembargadores denegaram o benefício da redução de pena porque entenderam, como a juíza de primeiro grau, que não houve delação eficaz, mas sim confissão e corroboração das provas já presentes no processo. Percebe-se que não há menção de acordo escrito entre Ministério Público e o recorrente, por nenhuma das partes.

### *3.7 APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO) N. 2010.069313-6*

Apelação proveniente de sentença condenatória da comarca de Palhoça. Foi julgada em 17/12/2013 pela Segunda Câmara Criminal. Os apelantes foram denunciados por quadrilha armada, roubos, porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito e porte ilegal de artefatos explosivos. Um dos recorrentes requereu a redução da pena por delação premiada, sustentando que fornecera endereços em que ocorreram crimes e apelidos dos membros da quadrilha.

A Câmara afastou preliminares e negou a redução pois o alegado colaborador teria negado as informações no interrogatório policial e na fase judicial e não admitido os crimes. Analisou-se a apelação porque apesar do crime e julgamento em primeira instância ter ocorrido antes da promulgação da Lei, era possível oferta de acordo nas circunstâncias.

#### **4. SOBRE RESULTADOS DA ANÁLISE DOS PROCESSOS E HIPÓTESES**

Ao se observar os resultados, tem-se que só surgiu um caso de oferta de acordo de delação com prêmio de não ser preso, enquanto os outros dois acordos mantiveram prisão. A maioria dos casos dos processos trata-se de condenados que requerem redução de pena por delação, sustentando que suas informações foram relevantes, e que os desembargadores negam por ineficácia ou por falta de acordo escrito. O instituto, quando aplicado nos moldes da Operação Lava-Jato, resultava em condenações fora do sistema prisional, o que só se deu

no caso do funcionário de empresa – entende-se que é a exceção que confirma a regra. Nos casos de acusações de tráfico de drogas não há concessão do benefício de não ser preso – no caso da mulher não se oferece acordo, e no caso do homem, benefício deveria aguardar análise da eficácia. O caso em que houve acordo com mulher por outro crime, a colaboradora ainda assim foi presa. Em outras palavras, mulheres não foram beneficiadas com não aprisionamento. Esta constatação é consoante com os dados do INFOPEN Mulheres.

A maioria dos processos que mencionam delação premiada da Lei de Organizações Criminosas são de homens, e se denegam. No entanto, ocorrer condenação ocasional de homem branco não elimina o caráter estrutural racista do sistema de justiça criminal. O fato de haver homens brancos que são presos não isenta da crítica, pois como Zaffaroni escreve:

Apesar da criminalização primária implicar em um primeiro passo seletivo, este permanece em um certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente na criminalização secundária.<sup>203</sup>

Ao se anotar os crimes analisados, trata-se de casos de quadrilha armada, roubos, porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito e porte ilegal de artefatos explosivos, associação criminosa, fraude à licitação e corrupção passiva, organização criminosa circuns-

---

203 ZAFFARONI, Eugênio Raul et. al. *Direito Penal Brasileiro* - I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.p.44

tanciada pelo emprego de arma de fogo e participação de adolescente, tráfico de drogas. Somente um caso que trata de fraude à licitação e corrupção passiva, que coincide com alguns dos crimes de colarinho branco – no caso, os crimes da “Operação Lava-Jato” – lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, peculato, tráfico de influência, entre outros. Ao se efetuar pesquisa na internet, nota-se que nenhum dos nomes das pessoas envolvidas nos processos analisados neste artigo é de donos de grandes empresas (grupo social da Lava-Jato: homens brancos ricos) – o que coincide com o que se esperava de hipótese.

Nota-se ainda que as denegações estão sempre fundamentadas no argumento de que não se atendeu os requisitos legais. Contudo, quando se volta para análise da Lava Jato tem-se que “muitos dos acordos de delação pactuados estipularam benefícios ao colaborador não previstos em nenhum diploma legal, extrapolando limites taxativos que o ordenamento impunha.”<sup>204</sup>. Em síntese, o argumento da legalidade parece seletivo, como é o sistema.

Embora seja reduzido o número de casos encontrados devido ao pouco tempo de vigência da lei e, ainda, esparsos crimes que escapam das cifras negras e douradas, pode-se considerar plausível que os resul-

---

204 LOPES, Iara Maria Machado. *O sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo*. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2020. p. 94.

tados da pesquisa são explicados o que a criminologia crítica antirracista afirma.

Entende-se que os delatores costumam ser retratados como colaboradores da justiça pela mídia, enquanto jovens negros assassinados são apresentados como criminosos, e, portanto, matáveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho tinha o propósito de avaliar quais foram os casos em que houve acordos de delação premiada, quanto aos crimes que possibilitaram os benefícios – especialmente se mulheres acusadas de tráfico de drogas receberam benefício, para verificar se o discurso justificador da delação premiada é coerente.

Da análise dos casos, nota-se que se confirmou a hipótese de que o Ministério Público não oferece acordo para a maioria dos réus, e quando ofereceu acordo para mulher não é tão generoso, ocorrendo prisão da colaboradora. O crime no caso que se imputava a colaboradora não era de tráfico de drogas. Somente em um dos casos definiu-se acordo que possibilitou ao delator não ir para prisão – e era um integrante de empresa.

Tais resultados combinaram com hipótese prévia – da previsão do instituto da delação premiada para indivíduos bem específicos. A delação premiada, que é a modalidade mais comum de colaboração, não é contra o sistema penal – que devido à sua seletividade, pressupõe impunidade de crimes, bem como interesse em determinadas pessoas, não em outras. O crime de tráfico

de drogas não é um destes crimes que os defensores da delação premiada entendem como relevante para benefícios da delação, pois quem é preso por tráfico não é grupo social poderoso.

## REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2020.

AGUIAR, Liana. *O que se sabe sobre a prisão de militar com 39 kg de cocaína em avião da FAB na Espanha*. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48773880>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

BALZA, Guilherme. *Polícia Federal apreende 450 g de cocaína em helicóptero da família Perella*. 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/11/25/pf-apreende-450-kg-de-cocaina-em-helicoptero-da-familia-perella.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL. Congresso. *Lei nº 11.343*, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL. Congresso. *Lei nº 12.850*, de 02 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Art.,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Penal%20%2D%20reclus%C3%A3o%2C%20de%20%20\(%2C%20%20%20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Art.,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Penal%20%2D%20reclus%C3%A3o%2C%20de%20%20(%2C%20%20%20)



- demais%20infra%C3%A7%C3%B5es%20penais%20praticadas. Acesso em 12 de setembro de 2020.
- BRASIL, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres – Maio de 2018*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2020.
- CRUZ, Flávio Antônio. *Delação premiada: um instrumento da justiça?* Beatriz Conde Miranda. Portal GGN. 2019. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/justica/delacao-premiada-um-instrumento-de-justica-por-beatriz-conde-miranda/>. Acesso em 12 de setembro de 2020.
- CRUZ, Flávio Antônio da. *Plea Bargaining e Delação Premiada: algumas perplexidades*. In: Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, Ed. 02, Dezembro, 2016b. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2020.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2020. 145 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2006.
- JUSTI, Adriana; DIONÍSIO, Bibiana. *Sentença interdita executivos da odebrecht por até 38 anos*. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/sentenca-interdita-executivos-da-odebrecht-por-ate-38-anos.html>. Acesso em 01 dez. 2020.
- LIMA, Camile Eltz de; OSÓRIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da lei nº 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (orgs) *Processo penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 191-208.
- LOPES, Iara Maria Machado. *O sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo*. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2020.
- LUCHETE, Felipe. *Nenhum delator da operação “lava jato” consegue perdão judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/nenhum-delator-operacao-lava-jato-perdao-judicial>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

- MOREIRA, Rômulo. A delação premiada no Brasil- ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos. In: TOMAZINI, A.(org.). *Ciências Criminais: uma introdução*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. REVISTA CEJ (BRASÍLIA), v. 26, p. 56-62, 2004.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2017.
- SÁ, Priscilla Placha (org.). *Diário de uma intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere*. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2018. v. 1.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- TOMAZINI, Andressa. O (des)compromisso parcial com a verdade por parte do colaborador independentemente da natureza jurídica e probatória preferida no acordo de delação premiada. In: TOMAZINI, A(org.). *Ciências Criminais: uma introdução*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul et. al. *Direito Penal Brasileiro - I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

# A (DE)COLONIALIDADE E A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS NO DIREITO INTERNACIONAL

**Nathalia de Castro e Souza**

**RESUMO:** Esse artigo se fundamenta na proposta das Epistemologias do Sul de Boaventura de Sousa Santos, visando a construção de um pensamento jurídico alargado. Busca-se entender quais são as contribuições da corrente decolonial para o entendimento da problemática dos refugiados, em contexto internacional. A pergunta do trabalho é: como o conceito de colonialidade pode contribuir para o entendimento da problemática dos refugiados no contexto internacional? Primeiramente, será apresentada a origem do instituto de refúgio, que será compreendido através da decolonialidade. Em seguida, apresentará o pensamento decolonial, seus principais conceitos, teses e compreensões. Após, utilizará essas conclusões como fio condutor para a análise pretendida, refletindo as limitações, lacunas e soluções para a proteção legal adequada dos refugiados no âmbito internacional. Por fim, explicará como as contribuições dos pensadores decoloniais podem auxiliar na construção de uma legislação efetivamente protetiva dos direitos dos refugiados, fundamentada em princípios de igualdade e não discriminação. A metodologia utilizada é hipotética-dedutiva, através da revisão bibliográfica de literatura, leis, jurisprudência e doutrina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito internacional. Refugiados. Estudos Decoloniais.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal realizar uma introdução ao pensamento decolonial, identificando quais as contribuições desse ferramental

teórico-conceitual para análise do instituto jurídico do refúgio no Direito Internacional. O objetivo é investigar, à luz do marco decolonial, a construção histórica do refúgio, de modo a compreender como essas teorias poderiam auxiliar na transformação das políticas de acolhimento e na proteção dos direitos humanos dos refugiados.

Sabe-se que a tradição decolonial contribui para o desvelamento de mitos modernos eurocêntricos, ao estudar a relação entre a modernidade, os povos “ocidentais” e os “não-ocidentais”. A corrente é relativamente nova na academia brasileira, apesar de ter conquistado adeptos nos últimos anos<sup>205</sup>, de modo que existem, ainda, equívocos acerca desta tradição, seus objetivos e potencialidades. Por isso, busca-se evidenciar quais seus fundamentos e quais as interpretações do Direito, à luz deste pensamento decolonial, seriam úteis ao tema estudado, a saber, os refugiados.

Do mesmo modo, apresenta-se críticas e considerações ao papel dos povos do norte global para a perpetuação das desigualdades na comunidade internacional e a universalidade imposta por esses. Os principais objetos de crítica de ambas é a lógica colonialista e imperialista presente na ordenação do Direito Interna-

---

205 BELLO, E. *O pensamento descolonial e o modelo de cidadania no novo constitucionalismo latinoamericano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.7, n.1, p.49-61, 2015.

cional, que se traduz nas normas e políticas de proteção aos refugiados.

## 1. PARA UM CONHECIMENTO SITUADO

Segundo Ramón Grosfoguel<sup>206</sup>, o movimento decolonial desafia os “paradigmas eurocêntricos hegemônicos”.

Os nossos conhecimentos são situados<sup>207</sup>, de forma que não existe o saber “puro”, desvinculado do sujeito que o adquire. Contudo, esse entendimento - de que os indivíduos não analisam o mundo de forma neutra e universal, na medida em que são perpassados por sua própria história e historicidade - é relativamente novo nas Ciências Humanas e Sociais.

É nessa esteira que o pensamento decolonial crítica a produção de uma ciência pretensamente neutra e deslocada de seu contexto sócio-histórico. Como explica Marcelo Rodrigues Lemos<sup>208</sup>:

Ao longo do tempo, enquanto as ciências, em geral, e as Ciências Sociais, em particular, desenvolviam-se no Ocidente, foi se constituindo um universo de supervalorização do conhecimento acadêmico formal em detrimento de outros discurs-

---

206 GROSFOGUEL, R. *Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais*: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais* 80. 2008, p. 118

207 HARAWAY, D. *Situated Knowledges*: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective. *Feminist Studies Inc*, Vol. 14, Nº3, 1988, 575-599

208 LEMOS, M.R. *Um contradiscurso à ciência moderna*. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual Paulista. Marília-SP. 2020, p. 14.

tos e saberes. Essa tendência entrelaça-se aos pressupostos da modernidade e acaba exaltando não apenas a fala científica, mas também a fala daqueles que, por razões históricas, estavam em posições privilegiadas no mundo e que, por isso, eram capazes de exercer formas de dominação não apenas política e econômica, como também intelectual.

Então, o pensamento decolonial compreende não só que todos os saberes são posicionados, na medida em que são produzidos por pessoas que possuem marcadores socioeconômicos, étnico-raciais, de gênero e sexuais, entre outros. Existem também dinâmicas de poder que se reproduzem, devido a hegemonia instituída pela colonialidade. Nesse sentido, não é possível ignorar o “lugar geopolítico e o corpo-político do sujeito que fala”.<sup>209</sup>

Sendo assim, os saberes modernos e o horizonte da modernidade, retratados antes como “universais” e “neutros”, representam uma compreensão limitada e monolítica. Esses conhecimentos ditos universais são, na realidade, igualmente ligados a uma região específica do globo, de modo que inexistente a pretendida “universalidade” das epistemologias.

Por isso, entender as consequências do colonialismo é essencial, na medida em que não se trata apenas de um sistema de dominação econômica, constituindo também um processo de dominação cultural e epistemológica, que conduziu à supressão de formas de

---

209 GROSFOGUEL, R. *A decolonial approach to political-economy: Transmodernity, border thinking and global coloniality*. Kult 6.1. 2009. 10-38.

pensamento de povos e nações colonizadas. Essa construção do conhecimento moderno hegemônico significou a maior subalternização de saberes não-ocidentais e corpos dissidentes.

A modernidade ocidental atuou para a dicotomização dos saberes, designando-os como modernos ou tradicionais. Nessa concepção, os primeiros seriam frutos de um processo científico e racional, enquanto os últimos seriam “resíduos de um passado sem futuro”<sup>210</sup>. Cabe ressaltar que a hierarquização de conhecimentos também resultou numa construção global de povos superiores e inferiores.

Mbembe<sup>211</sup> reforça, nesse sentido, que o olhar colonial divide a humanidade em espécies e subespécies, hierarquizando homens, culturas e territórios. De todo o modo, o fim do colonialismo na América Latina não significou que a sua herança não perdurasse nas estruturas sociais, econômicas, políticas, na ciência jurídica e na produção legislativa. Logo, o Direito, suas instituições, legislações e institutos permaneceram colonizados, não sendo o refúgio diferente.

Assim, a tradição decolonial objetiva recontextualizar o início da modernidade, desvelando os mitos modernos eurocêntricos e destacando as consequências da invisibilização dos conhecimentos e das epistemo-

---

210 SANTOS, B.D.S e TAVARES, M. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009

211 MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Lança, Marta. Lisboa: Antígona, 2017

logias latinoamericanos. Ainda, procura demonstrar a falsa racionalidade e universalidade dos pensamentos eurocêntricos.

A construção desse centro epistemológico hegemônico, tem reflexos nos ordenamentos jurídicos, que utilizam tais saberes “universais” como base axiológica e normativa. O domínio colonial que marca a história latino-americana não só a transformou, através da dominação, mas também modificou a forma de contá-la.

Sob a ótica eurocêntrica, a modernidade é vista como um processo emancipatório, fruto de esforço racional e científico, que teria proporcionado um novo desenvolvimento para a humanidade. O Norte, desenvolvido e moderno, e o Sul, pobre e modernizável, traduziriam o modo como o mundo foi dividido após o período colonial, sendo que esses traços abissais impossibilitam a coexistência dos dois no mesmo “lado da linha” ou território.<sup>212</sup>

Assim, o Sul metafórico expressaria o sofrimento humano causado pelo capitalismo, colonialismo e patriarcado<sup>213</sup>, sendo um desafio epistemológico o desenvolvimento de um pensamento pós-abissal, a qual a decolonialidade se propõe. O Norte global seria, portanto, garantidor da ordem e dos interesses emancipatórios e libertários. O papel do Direito, para a perpe-

---

212 SANTOS, B.D.S e TAVARES, op. cit.

213 SANTOS, B. D.S. Um discurso sobre as ciências. Afrontamento, 7ª Ed. Coimbra. 1995.



tuação da hegemonia do Norte nos territórios do Sul global, é evidente. Os instrumentos legais são utilizados de modo a permitir a dominação colonial, no intuito de legislar “com o uso da razão”.

Diante desse cenário, as contribuições culturais e epistemológicas dos povos dominados foram deixadas de lado ou, até mesmo, apagadas. Marcelo Rodrigues Lemos<sup>214</sup> salienta que:

[...] em um contexto amplo de transformações sócio-econômicas, por meio de teorias consideradas marginais e alternativas, é possível encontrar outros instrumentos analíticos que também são úteis às demandas dos grupos sociais por respostas aos seus problemas diversos.

Assim, desafiar os paradigmas eurocêntricos e hegemônicos contribui, não só para a criação de um contradiscurso à Ciência Moderna, mas também para a valorização das “epistemologias do sul” enquanto conhecimentos legítimos e capazes de corresponder às demandas coletivas. O pensamento a partir da periferia é, portanto, útil na busca de alternativas adequadas para temas contemporâneos, como o refúgio.

Santos<sup>215</sup> caracteriza os espaços marginais e fronteiriços como férteis e diversos, capazes de abarcar múltiplas formas de sociabilidade, conhecimento e Direito, na medida em que neles transitam múltiplas tendências

---

214 LEMOS, M.R. *Um contradiscurso à ciência moderna*. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual Paulista. Marília-SP. 2020, p. 15

215 SANTOS, B.D.S. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. Revista Crítica de Ciências Sociais (63). 2002. 237-280

de comportamento, visões de mundo, expressões culturais e princípios de cognição. Nessa perspectiva, apenas o “outro” é situado num lugar epistêmico de cunho étnico-racial/sexual/de gênero/nacional, enquanto os cientistas, estudiosos e juristas do Norte recobrem-se de falsa desvinculação<sup>216</sup>.

A exclusão de determinados grupos marginalizados, entre eles os refugiados, da proteção legal se dá, logo, pois sua existência e identidade permanecem ignoradas, e, quando não, negadas. Para melhor compreender o lugar político dos refugiados e o instituto jurídico do refúgio, é necessário entender as dinâmicas postas pela “colonialidade do poder”.

Os refugiados, em grande parte, são cidadãos de Estados-nações periféricas e povos não-europeus, que vivem, ainda, sobre esse sistema de “colonialidade global”, mesmo quando não mais sujeitas a uma administração colonial.

Assim, a tradição decolonial recontextualiza o início da modernidade, destacando as consequências da invisibilização dos conhecimentos e das epistemologias latinoamericanos. Ainda, procura demonstrar a falsa racionalidade e universalidade dos pensamentos eurocêntricos. Apesar de ter conquistado, na última

---

216 GROSFOGUEL, R. *Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais*: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais* 80. 2009, 115-147

década, adeptos na academia brasileira<sup>217</sup>, ainda é uma corrente de pensamento relativamente nova.

Especificamente, o Direito Internacional e os seus princípios também sofrem um profundo impacto do colonialismo<sup>218</sup>. Nessa esteira, a corrente decolonial desafia o significado do discurso acerca do “desenvolvimento do Norte” e do atraso do Sul.

A virada decolonial pontua que as teorias jurídicas acerca dos direitos humanos, tendo em vista que se considera que tais direitos seriam um produto discursivo da colonialidade, foram produzidos por aqueles que teriam a legitimidade epistêmica necessária. Nessa linha, Adriano Fernandes Ferreira<sup>219</sup> afirma que:

Os direitos humanos devem ser compreendidos mediante a integração de diferentes áreas do conhecimento, caracterizando-as como interdisciplinares e transversais, devendo ser considerado em todos seus aspectos, que são produtos de lutas políticas e dependem de fatores históricos e sociais que refletem valores e aspirações de cada sociedade.

A temática dos refugiados existe desde o século XV, todavia, a proteção institucionalizada desses indivíduos, por meio de institutos jurídicos, surge na segunda década de do século XX. O presente artigo buscará

---

217 BELLO, E. *O pesamento descolonial e o modelo de cidadania no novo consitucionalismo latinoamericano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.7, n.1, p.49-61, 2015

218 MICKELSON, K. *Taking stock of TWAIL Histories*. International Community Law Review, v.10, p. 355-362, 2008

219 FERREIRA, A.F. *Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano*. Cia do eBook. 2016, p.8

trabalhar, no ponto subsequente, o conceito jurídico de refúgio, destrinchando a motivação que levou a sua positivação, quais os seus destinatários e a forma que essa proteção ocorre na prática.

## 2. O REFÚGIO

Sobre o movimento migratório, Kavalerski afirma que “a fuga dos refugiados em busca de uma vida sem precisar temer a guerra é um movimento decolonial”<sup>220</sup>. Grupos cada vez maiores de pessoas procuram guarida em outros Estados. A categoria dos migrantes forçados, que almejam seu status de refugiado reconhecido, compreende pessoas de etnias e culturas diversas. Porém, seu ingresso e permanência nos territórios é visto, muitas vezes, como indesejável pelos Estados do Norte global.

Visando o controle migratório, muitos países definiram políticas, ações e práticas que impedem sua entrada, como a interceptação de barcos em alto mar e a construção de “campos” de refugiados. Até mesmo a inação dos Estados é, de certo modo, uma das políticas migratórias atuais que, longe de serem garantidoras dos direitos dos imigrantes, tratam os refugiados com indiferença e, até mesmo, violência.

---

220 KAVALERSKI, L.F. *Entre a narrativa colonial e a trajetória decolonial: indícios dos lugares dos afro-brasileiros e indígenas nos livros didáticos de história do ensino médio*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Fronteira Sul. Programa de Pós-Graduação em Educação. Chapecó-SC. 2020. p. 113

Historicamente, os direitos políticos eram essenciais para a configuração da cidadania dos sujeitos. O não-nacional não era considerado cidadão e, até mesmo, humano, na medida em que não tais direitos. Nesse sentido, existem separações clássicas que ilustram o papel das fronteiras no reconhecimento da humanidade dos povos.

Os bárbaros e os gregos eram divididos conforme as fronteiras territoriais, mas a partir do Império Cristão, algumas fronteiras (anteriormente geográficas e políticas) foram internalizadas, dividindo-se as populações entre fiéis e pagãos. Essas divisões internas e ideológicas foram mais incisivas no período colonial.

Isto porque, durante este período, o discurso hegemônico fomentava a dinâmica dual do “eles” e o “nós”, e, conseqüentemente os povos originários e negros não eram vistos como humanos, pois não possuíam uma identidade europeia cultural, racial, ideológica e nem de nenhuma outra espécie.

### **3. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS**

Apesar dos processos migratórios já existirem à época dos conflitos decorrentes dos processos colonizatórios da África e da América Latina, somente quando a Europa foi afetada, ao final da Primeira Guerra Mundial, que a comunidade internacional resolveu regularizar a proteção legal desses indivíduos. Por isso, o Direito Internacional dos Refugiados se origina com a emigração de pessoas de diversas nacionalidades, víti-

mas de conflitos armados, que começaram a adentrar outros territórios.

O instituto jurídico do refúgio teve origem na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1951. A Conferência que originou a Convenção de 1951 foi marcada por duas correntes distintas: a universalista, que entendia que os instrumentos da Convenção deveriam ser aplicáveis a todos os refugiados, e a europeísta, que defendia que seu alcance deveria ser limitado aos refugiados originários de países europeus. Definiram-se, conforme o art. 1º da Convenção, limitações geográficas à Europa e temporais, ligadas aos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial.

Além disso, havia a previsão dos deveres dos refugiados, que deveriam conformar-se às leis e regulamentos do Estado receptor e comprometer-se com a manutenção da ordem pública. Já as obrigações dos Estados seriam assegurar o direito à não discriminação, à liberdade religiosa, entre outros.

A Convenção fixou normas mínimas para que cada Estado desenvolvesse o seu tratamento interno para com os refugiados. Todavia, com o passar do tempo, foi necessário que o Estatuto fosse mais abrangente, compreendendo as pessoas solicitantes por razões de conflitos e guerras. Assim, no Protocolo de 1917 os conceitos foram “universalizados”, eliminando as limitações temporais e geográficas e incorporando direitos

já consagrados, como o de *non refoulement* (não-devolução).

Os refugiados, assim, são considerados indivíduos que temem perseguições devido a sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. No entanto, há a manutenção do critério subjetivo para o reconhecimento do refugiado e a prerrogativa estatal para o seu aceite.

Mesmo assim, a definição de refugiado do Protocolo não era suficiente para corresponder aos fluxos de refugiados não-europeus, originários do chamado “Sul Global”. Assim, ocorreram ampliações ao conceito na Convenção da Unidade Africana (Convenção de OUA) de 1969, e da Declaração de Cartagena de 1984.

Para a primeira, o termo refere-se aos indivíduos que buscam refúgio devido a ocupações externas, agressão, dominação estrangeira e perturbação de ordem pública. Já para a segunda, os refugiados são aqueles que fugiram de seu país de origem por ameaças fruto de violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos e outras circunstâncias que podem perturbar a ordem pública.

Atualmente, a Lei Internacional de Proteção ao Refugiado inclui diversas Convenções e Tratados, internacionais e regionais, e princípios gerais do direito adotados pelos Estados e Organizações Internacionais, com destaque ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O Direito Internacional dos Refugiados baseia-se, portanto, nos conceitos

implementados na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e ao Protocolo Adicional de 1917.

Paralelamente, nos planos regionais africano e latino-americano, os tratados versam sobre o refúgio de forma mais abrangente e protetiva. Busca-se responder adequadamente aos fluxos migratórios decorrentes das consequências do colonialismo. Todavia, sua aplicabilidade não é largamente reconhecida.

Reis<sup>221</sup> afirma que ocorreu a constituição de um monopólio da “mobilidade internacional”, em que os Estados teriam autonomia para definir aqueles que ingressam e permanecem nos seus territórios. Desse modo, a soberania e a territorialidade dos Estados assumiriam um papel extremamente relevante, na medida em que poderiam negar ou permitir a permanência de não-nacionais no território e decidir também aqueles aptos a reivindicar direitos perante a sua jurisdição.

Percebe-se que essa análise está correta, na medida em que diversos países têm assumido políticas de controle, impedindo o acesso das pessoas, que são interceptadas em alto mar, ou restringindo-as a “campos de refugiados”, locais em que aguardam pelo deferimento seu status de refugiado.

As diretivas europeias apontam para uma política de discriminação e repatriação, contrárias ao princípio da hospitalidade e recepção de refugiados previstos na

---

221 REIS, R.R. *Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais*. RBCS, Vol.19 n°55, 2004. 16 p.



Convenção de 1951. Nesse sentido, em 2015, a União Europeia apresentou um plano de reassentamento dos imigrantes, que seriam transferidos dos países anfitriões para um terceiro país que concordou em admiti-los.

Os direitos básicos, estabelecidos pela Convenção de 1951, são, entre outros, o direito a um emprego remunerado, à assistência social, ao recebimento de documentos de identidade e passaporte, além de que a Convenção promove o apoio à naturalização e assimilação dos refugiados, o acesso aos tribunais, à educação, à seguridade social, à habilitação e à liberdade de circulação.

Quando se trata de Direito dos refugiados, há uma discrepância entre os discursos institucionais, as políticas do países e o regime da sociedade internacional. Segundo Raíssa Carvalho<sup>222</sup>, ainda que os Estados europeus se comprometam a respeitar e cooperar com a ordem existente, suas instituições e práticas refletem medidas anti-imigrantes e de repúdio ao refugiado.

Diante disso, as abordagens decoloniais criticam o eurocentrismo que influenciou a criação e a evolução do Direito Internacional dos Refugiados. Isto pois trata-se de uma construção europeia, datada da década

---

222 CARVALHO, R.G. *Da implementação de medidas restritivas para recepção de refugiados na União Europeia - o acordo UE e Turquia frente ao princípio de non-refoulement*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito). Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

de 1950 e que, apesar das (poucas) alterações, segue excludente.

Tem-se então que o modelo internacional entra em conflito direto com as políticas migratórias da União Europeia, pois essas reproduzem mecanismos de hierarquização que perpetuam os processos de colonialidade, mantendo intactas as estruturas de poder, sustentadas por normas e instituições. Percebe-se, nesse sentido, como funciona a hierarquização dos indivíduos, a ambivalência dos direitos e a seletividade na sua aplicação, que só contempla aqueles que gozam da cidadania europeia.

Além disso, a maior parcela das pessoas que fogem de conflitos geopolíticos ou de guerras não se encaixam rigorosamente como refugiadas à luz da Convenção de 1951, visto que não sofrem perseguição direta, fugindo de um risco generalizado. Por isso, vários Estados-membros da União Europeia têm mecanismos específicos para proteção temporária e subsidiária dessas pessoas, que se encontram, não raramente, em desalinho com os princípios do Direito Internacional.

#### **4. O NORTE E O SUL GLOBAIS**

O pensamento abissal, metáfora de Boaventura de Sousa Santos, auxilia na compreensão de que o pensamento moderno ocidental seria fundado em distinções visíveis e invisíveis. As últimas seriam aquelas estabelecidas através de linhas radicais, materializadas

em dois universos: o “deste lado da linha” e o “do outro lado da linha”.

Aqueles “do outro lado” seriam mais do que irrelevantes, uma vez que seriam invisibilizados, não-conhecidos. A linha abissal, fruto da modernidade, não seria uma marcação geográfica, tal qual uma fronteira territorial que separa os países colonizadores dos colonizados, mas sim uma divisão conceitual entre Norte e Sul.

As teorias e o conhecimento desenvolvidos no Norte, e utilizados enquanto universais, seriam, na verdade, excludentes de grande parte das populações e grupos sociais. Tais ferramentas teóricas não poderiam, por este motivo, auxiliar na compreensão do mundo e nem na proteção dos direitos humanos, na medida em que retiram a diversidade do conhecimento. O Direito moderno, nesse sentido, legitimou as hegemonias e as dinâmicas de poder.

A ideia de que os refugiados oriundos do “Terceiro Mundo”, isto é, do Sul Global, seriam diferentes dos indivíduos que fugiram das guerras mundiais na Europa é uma construção, um “mito da diferença”<sup>223</sup>

Os conceitos de refugiado dos Tratados e Convenções do Sul Global tratam das experiências do Sul Global<sup>224</sup>, pois são re-

---

223 CHIMNI, B.S. *The birth of a “discipline”*: From refugee to forced migration studies, *Journal of Refugee Studies*, V.22, 1, 2009, p.11-29

224 ROSA, M. A. *O encontro do direito internacional dos refugiados com o Sul Global: uma análise do “conceito do sul” de refugiado e de sua não aplicação pelas Nações Unidas*, Dissertação (Mestra-

flexos de sua história, com consequências que perderam atualmente. Desse modo, verifica-se que:

Em outras palavras, os tratados do Sul Global demonstram a insuficiência do conceito implementado pela ONU e estão diretamente vinculados a experiências de colonialidade<sup>225</sup>

Colocam em evidência essa insuficiência pois entendem que os refugiados, advindos das regiões periféricas e suas experiências ligadas à colonialidade, não estavam compreendidas no conceito “universal” de refugiado. Não se enquadrariam, assim, nos contornos legais do instituto, restando sem a devida proteção.

Ainda assim, os conceitos mais amplos e protetivos apresentados por esses tratados são raramente utilizados pela ONU e pelos Estados do Norte. A ausência de aplicação exemplifica como as epistemologias não-europeias são ignoradas, por não atenderem aos interesses do Norte. A não adoção da ONU é fundamentada em razões amplamente criticadas, como falta de verba orçamentária, aplicação geográfica restrita e vagueza semântica.

O foco eurocêntrico é claro, pois as previsões legais do arcabouço legal protetivo dos refugiados considera o local de origem desses indivíduos zonas a serem esquecidas, hostilizadas e até rechaçadas pelo Ocidente. A colonialidade do saber atua do mesmo modo que a colonialidade do poder, ao deixar de aplicar os concei-

---

do em Direito), Universidade do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2019

225 Ibid, p.20

tos e as teorias contidas na Convenção da OUA e da Declaração de Cartagena.

A condição subalterna dos refugiados, que buscam guarida nos países do Norte global, se reflete tanto na sua posição social nesses países quanto na impossibilidade da sua participação nos espaços de discussão sobre o seu status. O ACNUR e sua centralidade decisória ilustram como essa exclusão ocorre. Existe uma delimitação entre aqueles que enunciam o conhecimento sobre o refúgio, sendo que os próprios refugiados são excluídos do debate.

## 5. QUEM É CONSIDERADO CIDADÃO?

A cidadania é o modo regular de pertencimento aos territórios nacionais, assim, os refugiados são uma anormalidade, não pertencendo nem ao seu país de origem nem ao país que os acolhe.<sup>226</sup> Os não-nacionais são, portanto, indivíduos desprovidos de cidadania, que buscam a proteção internacional dos direitos humanos. No entanto, as migrações massivas, as negativas dos Estados e a inaptidão na proteção desses direitos são realidade que podem ser explicadas através do entendimento dos processos históricos coloniais e regionalizados.

Quando se trata de refugiados, existem muitos estigmas históricos, que constituem em obstáculos para

---

226 HADDAD, E. *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 254 p.

a integração desses sujeitos às sociedades, bem como para a garantia dos seus direitos. A reafirmação dos princípios de igualdade e de não discriminação poderia transformar e auxiliar na desconstrução das concepções enraizadas pelos processos hegemônicos, subalternizadores e hierarquizantes.

É comum associar aos refugiados a imagem de uma pessoa que deixou seu país de origem de forma forçosa, por causas alheias à sua vontade, e que busca proteção em outro território. No entanto, para o Direito Internacional, eles são aqueles que deixaram seus países por razões específicas, contempladas em um tratado internacional. A proteção inerente ao refúgio é recebida, portanto, mediante o seu enquadramento aos requisitos legais.

Anteriormente, esses indivíduos eram considerados asilados. O asilo compreendia os casos de sujeitos forçados a deixar seu país de origem por questões políticas e que não conseguiam adquirir a nacionalidade ou a proteção diplomática de outro Estado. Nesse sentido, o asilo abrangeria, numa perspectiva lato sensu, os refugiados, na medida em que visam à proteção de pessoas perseguidas.

Isto ocorre porque apenas os direitos humanos dos cidadãos europeus são respeitados e resguardados, pois os indivíduos com identidades racializadas vivem, enquanto refugiados, em constante suspeita. Não obstante, muitas vezes cria-se um pensamento de que o migrante representaria uma “ameaça”, uma “ofensa” ao cidadão nacional e ao seu modo de vida.

A figura do estrangeiro, por definição, mostra um estranhamento, explicita uma distância entre culturas que é difícil de superar”. E essa dificuldade pode se expressar de várias formas, pois “na falta de uma linguagem (entendida como uma cultura) comum, o estranho ou estrangeiro é marcado pela diferença.<sup>227</sup>:

É interessante notar a diferença com que os imigrantes do Norte são vistos, uma vez que são considerados um “bons” culturalmente, economicamente, politicamente, sendo, portanto, recebidos com indícios de modernização. Já os imigrantes do Sul são hostilizados, e sua diferença é ressaltada negativamente.

Segundo Mignolo<sup>228</sup>, a relação colonizador-colonizado é vislumbrada, atualmente, na relação nacional-refugiados. A retórica migratória subalterniza os indivíduos e hierarquiza os valores, culturas e conhecimentos nacionais e estrangeiros. O “outro” não-nacional é tido como inferior, estando perpetuamente em situação distinta dos membros da nação em que se inserem.

Assim, seus comportamentos culturais, práticas religiosas, idiomas e traços fenótipos são vistos como marginais e até mesmo perigosos. Destaca-se, nesse sentido, a criminalização dos imigrantes provenientes de países do Sul global, indo de encontro às normativas

---

227 CHUERI, V.K., CAMARA, H. F, *Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade*. Direito, Estado e Sociedade, n. 36, Rio de Janeiro. 2010. 158-177, p. 24

228 MIGNOLO, W. *Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política*. Cadernos de Letras da UFF, Dossiê: literatura, língua e identidade, n.34, p.287-324, 2008. MIGNOLO, Walter. Pensamento decolonial, desprendimiento y apertura. In.: MIGNOLO, Walter (org.), *Habitar la frontera: sentir y pensar la descolonialidad*. Barcelona: CIDOB, 2015.

internacionais, que consideram a migração um direito humano. Como afirma Santos<sup>229</sup>, os movimentos dos ex-colonizados ao outro lado da linha abissal é considerado uma intromissão ameaçadora.

## 6. A CRISE MIGRATÓRIA NA EUROPA

Todavia, apesar da grande cobertura midiática envolta da questão migratória na Europa, grande parte dos refugiados buscam os países em desenvolvimento. Segundo a ACNUR<sup>230</sup>, 86% deles estariam refugiados em países em desenvolvimento, sendo que os países menos desenvolvidos tinham 27% desses. Sobre os países originários, 68% dos refugiados vinham da Síria, Venezuela, Afeganistão, Sudão e Myanmar.

Verifica-se que a maior parte dos refugiados não se direciona a Europa, mas sim a países fronteiriços e em desenvolvimento. As pressões demográficas sobre a Europa, denominadas de “crise migratória”, resultaram na institucionalização de uma política migratória comum, que pretendia ser “eficaz, segura e humanitária”.<sup>231</sup>

---

229 SANTOS, B.D.S e TAVARES, M. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina. 2009

230 ACNUR. *Tendências Globais 2020*. Disponível em: <[https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020#\\_ga=2.127873549.1434044970.1645157851-1121279268.1645157851](https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020#_ga=2.127873549.1434044970.1645157851-1121279268.1645157851)> Acesso em: 18. fev. 2022

231 EUROPEIA, Conselho da União. *Política de migração da UE*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-migration-policy/#>. Acesso em: 25 out. 2021



Contudo, na realidade, ocorreram inúmeros casos de desrespeito aos direitos humanos, além de ter se verificado a tendência de promover o retorno dos cidadãos a seus países de origem, ou seja, às zonas de conflito. Tal tendência é contrária ao direito de *non-refoulement*, fundamental ao Direito Internacional dos Refugiados.

Conforme já apontado anteriormente, as medidas europeias de devolução dos imigrantes, que buscam ter seu status de refúgio legitimado, são opostas ao sistema internacional de direitos. Analisando as políticas da União Europeia, em especial os chamados “campos de refugiados”, é alarmante perceber o modo como esses grupos são tratados, sendo colocados em campos, apartados do restante da população, permanecendo com os seus direitos restritos.

Os direitos de livre circulação, residência e trabalho são compreendidos na chamada cidadania europeia, não sendo acessíveis ao imigrante irregular. Nesse sentido, o Acordo UE-Turquia explicita a postura nacionalista europeia, além dos seus aspectos coloniais, contrastante com o discurso cosmopolita fomentado. Ao analisar as políticas migratórias europeias, e comparar com aquelas da época em que os refugiados e imigrantes eram essencialmente europeus, tem-se evidente a hierarquização dos indivíduos.

A Turquia é essencial para a lógica de contenção do fluxo migratório oriundo dos países do Oriente Médio. A política de retorno dos imigrantes irregulares,

instituída através da pactuação dos termos do Acordo, consolida a posição protecionista da União Europeia, sendo assim incompatível com os valores e princípios do Direito Internacional. O eurocentrismo do regime está presente desde a criação do instituto do refúgio até os arcabouços legais internos dos Estados.

A cooperação internacional, princípio do Direito Internacional, surge não para a promoção dos direitos dos refugiados, ou para garantia de seu asilo, mas sim na elaboração de acordos que os “redirecionam” para países terceiros ou, conforme previamente visto, que os retornem aos países de origem. A reinstalação ou realocação de refugiados de um Estado da União Europeia, que lhes concedeu proteção, a outro Estado-membro ou até a países terceiros, é um dos mecanismos de distribuição da população refugiada e de controle migratório.

## 7. A COLONIALIDADE DO PODER E OS REFUGIADOS

A colonialidade, conceito do sociólogo peruano Anibal Quijano, compõe a modernidade e pode ser definida como “o poder e o conhecimento que permitem classificar e dominar o resto da humanidade”<sup>232</sup> e “se funda na imposição de uma classificação racial/étnica

---

232 MIGNOLO, Walter. *Os esplendores e as misérias da “ciência”*: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 667-707

da população do mundo como pedra angular do dito padrão de poder”<sup>233</sup>

Já a colonialidade do saber dá-se na medida em que as antigas colônias seguem adotando padrões eurocêntricos, pois entendem que o conhecimento do colonizador é superior ao seu. Por sua vez, a colonialidade do ser, resultado das outras duas, ocorre quando alguns seres se impõem sobre outros<sup>234</sup>

A ideia central da colonialidade, que é a hierarquização do indivíduo, principalmente através de elementos étnicos e raciais, teria sido preservada na ordem internacional, na medida em que o eurocentrismo não foi deslocado da sua posição hegemônica. Assim, as políticas migratórias seguem esse modelo de hierarquia, destinando a universalidade (e por consequência a cidadania e a garantia dos direitos) aos refugiados europeus do pós-guerra e retirando-a dos imigrantes e refugiados de outras origens.

Sebastini<sup>235</sup> conclui que o fluxo migratório oriundo do Oriente Médio (visto como crise) e do continente africano está submetido a lógica de “controle” da União Europeia. De outra sorte, os termos “guerra”,

---

233 QUIJANO, A. *Colonialidad del poder y clasificación social*. Journal of worldsystems research, v. 11, n. 2, p. 342-386, 2000, p.342

234 MALDONADO-TORRES, N. *A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento*. Modernidade, império e colonialidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, (80). 2008, pp.71-114.

235 SEBASTIANI, L. *La colonialidad del poder y del saber em las Políticas públicas de la unión europea: Reflexiones a partir de una investigación sobre “inmigración” e “integración”*. Revista de Antropología Experimental nº 15 (29), 2015, p. 535-552

“violência” e “pobreza”, que são utilizados nos discursos da União Europeia, fazem referência apenas aos países de origem dos Estados, reproduzindo a dicotomia hierarquizante já tratada. Esses aspectos, que o giro decolonial crítica, são refletidos nas tendências protecionistas e nacionalistas das políticas migratórias europeias.

Desde que os números de imigrantes do Oriente Médio aumentaram vertiginosamente, não é raro que os veículos de mídia internacionais noticiem a interceptação de barcos em alto mar ou o bloqueio dos requerentes de asilo aos aeroportos estrangeiros. Entende-se, diante desse cenário, que a política migratória europeia não só nega o reconhecimento do status de refugiado, mas também utiliza-se da força estatal para que os pedidos não sejam formalizados.

Essa remoção do controle, que não está nas fronteiras, mas sim no mar, dificultando o acesso a potenciais requerentes legítimos, é uma nova forma de violação do princípio de non-refoulement.

Para serem reconhecidos como refugiados legalmente, a situação fática dos imigrantes, bem como os fundamentos do seu pedido de refúgio, devem ser analisados pelos Estados, que possuem prerrogativas especiais. Desse modo, Sebastiani <sup>236</sup> pontua que a aptidão dos imigrante é julgada pelos Estados e, por isso, aqueles que não se encaixam nos ditames legais, não se integrando enquanto cidadãos do Estado em que buscam

---

236 Ibid.

proteção, estariam alijados no lado invisível das linhas abissais ou até mesmo estariam sujeitos ao retorno físico ao “lado de lá” das linhas.

As dificuldades dos refugiados, quando aceitos pelos países, são múltiplas. O idioma, a dificuldade em se comunicar, a diferença cultural, a xenofobia e o racismo, a competitividade exacerbada do mercado de trabalho, a falta de auxílio para a adaptação são apenas alguns dos obstáculos que enfrentam.

Achille Mbembe<sup>237</sup> entende que a expressão máxima da soberania é a capacidade de determinar quem pode viver e quem deve morrer, de modo que exercer a soberania seria exercer o controle sobre a mortalidade. A colonialidade contribuiu para a hierarquização de grupos sociais, das etnias, raças, culturas, entre outros marcadores, legitimando, assim, necropolíticas como as que tentam gerir as migrações forçadas na Europa. Como bem explica Zubizarreta<sup>238</sup>,

[...] as pessoas estão sendo abandonadas no Mediterrâneo e também no deserto do Saara. Não podemos acreditar que os sistemas de controle militar e de fronteira não detectam navios ou embarcações que navegam clandestinamente. Acredito que crimes reais contra a humanidade estão sendo cunhados no Mediterrâneo. Aqueles que fogem da miséria e da guerra são abandonados em território supostamente de paz como o Mediterrâneo. E a isso chamamos de necropolítica, deixar morrer

---

237 MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Lança, Marta. Lisboa: Antígona, 2017.

238 ZUBIZARRETA, J.H. *La necropolítica frente a los derechos humanos*. CATDM, 2018

por falta de atenção para quem tem fome e sede ou por falta de ajuda para quem se afoga no mar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tratados internacionais que versam sobre os direitos dos refugiados, abordados no primeiro ponto, carregam consigo a herança colonial e o eurocentrismo, criticados pelas pela corrente decolonial. As perspectivas a partir do Sul Global auxiliam a evidenciar as assimetrias de poder presentes na sociedade.

As concepções tradicionais do Direito Internacional dos Refugiados, apesar das suas pretensões universalistas, não são aptas a oferecer soluções aos fluxos migratórios, pois funcionam apenas para a perpetuação dos interesses do Norte. Neste cenário, aqueles que buscam abrigo por razões de violência generalizada, agressão, dominação, ocupação estrangeira, conflitos internos, pela violação de direitos humanos ou por perturbações da ordem pública, só poderiam fazê-lo aos Estados da África ou da América Latina, uma vez que o conceito de refúgio da ONU é restritivo.

A modernidade e a colonialidade, bem como o racismo e o patriarcado, caminham juntos e tem como consequência a centralidade da Europa (e dos países do Norte) nas relações globais, espaços de poder e na produção de conhecimento. Do mesmo modo, a subalternização das regiões periféricas, das ex-colônias e dos países integrantes do Sul global continua, pois os padrões de dominação coloniais se perpetuam.

Utilizando o conceito de necropolítica, foi possível entender que as políticas de controle migratório e anti-imigrações atuam, muitas vezes, violando os direitos básicos e fundamentais daqueles que buscam refúgio. Os centros de detenção europeus, o campo de refugiados nos Estados Unidos e em Moira, as políticas de interceptação de barcos e os obstáculos no processamento das solicitações de refúgio são apenas alguns dos exemplos dessas políticas.

As Epistemologias do Sul de Boaventura de Sousa Santos procuram reparar os danos e os impactos causados pelo capitalismo e pela colonialidade. Diante do encontro do Direito Internacional dos Refugiados com o Sul global, tem-se o encontro também do Norte com seu passado colonial.

Quando o refugiado do Sul chega ao Norte, a raça passa a ser um mecanismo constitutivo de exclusão e de derrogação de direitos, através da construção de discursos políticos e institucionais que fomentam o medo, a insegurança, convertendo os refugiados em uma “ameaça” à sociedade moderna ocidental. Por isso, as ampliações promovidas e discutidas pela decolonialidade ao conceito de refugiado são uma reformulação necessária.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. *Tendências Globais 2020*. Disponível em: <[https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020#\\_ga=2.127873549.1434044970.1645157851-1121279268.1645157851](https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020#_ga=2.127873549.1434044970.1645157851-1121279268.1645157851)> Acesso em: 18. fev. 2022

- BELLO, E. *O pensamento descolonial e o modelo de cidadania no novo constitucionalismo latinoamericano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.7, n.1, 2015, p.49-61
- CARVALHO, R.G. *Da implementação de medidas restritivas para recepção de refugiados na União Europeia - o acordo UE e Turquia frente ao princípio de non-refoulement*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito). Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017
- CHIMNI, B.S. *The birth of a "discipline": From refugee to forced migration studies*, Journal of Refugee Studies, V.22, 1, 2009, p.11-29
- CHUERI, V.K., CAMARA, H. F. *Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade*. Direito, Estado e Sociedade, n. 36, Rio de Janeiro. 2010. 158-177
- EUROPEIA, Conselho da União. Política de migração da UE. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-migration-policy/#>> Acesso em: 25 out. 2021
- FERREIRA, A.F. *Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano*. Cia do eBook. 2016
- GUILD, E. *Quem é o imigrante? O direito europeu e a categorização das pessoas na União Europeia*. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, 2011, p. 19-45
- GROSFUGUEL, R. *A decolonial approach to political-economy: Transmodernity, border thinking and global coloniality*. Kult 6.1. 2009. 10-38.
- GROSFUGUEL, R. *Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global*. Revista Crítica de Ciências Sociais 80. 2008, p. 118
- HADDAD, E. *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 254 p.
- HATHAWAY, J. C. *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*. Harvard International Law Journal, Boston, v. 31, n. 1, p. 129-147, 1990.
- HARAWAY, D. *Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective*. Feminist Studies Inc. 1988. Vol. 14, N°3, 575-599
- KAVALERSKI, L.F. *Entre a narrativa colonial e a trajetória decolonial: indícios dos lugares dos afro-brasileiros e indígenas*



- nos livros didáticos de história do ensino médio. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Fronteira Sul. Programa de Pós-Graduação em Educação. Chapecó-SC. 2020. p. 113
- LEMOS, M.R. *Um contradiscurso à ciência moderna*. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual Paulista. Marília-SP. 2020
- MALDONADO-TORRES, N. *A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento*. Modernidade, império e colonialidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, (80). 2008, pp.71-114.
- MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Lança, Marta. Lisboa: Antígona, 2017
- MICKELSON, K. *Taking stock of TWAIL Histories*. International Community Law Review. 2008. v.10, p. 355-362
- MIGNOLO, W. *Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política*. Cadernos de Letras da UFF, Dossiê: literatura, língua e identidade, n.34, 2008.
- MIGNOLO, W. *Pensamiento decolonial, desprendimiento y apertura*. In.: MIGNOLO, Walter (org.), *Habitar la frontera: sentir y pensar la descolonialidad*. Barcelona: CIDOB, 2015.
- MIGNOLO, W. *Os esplendores e as misérias da “ciência”: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 667-707
- QUIJANO, A. *Colonialidad del poder y clasificación social*. Journal of worldsystems research, v. 11, n. 2, p. 342-386, 2000, p.342
- QUIJANO, A. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005,117-142.
- REIS, R.R. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. RBCS, Vol.19 n°55, 2004. 16 p.
- ROSA, M. A. *O encontro do direito internacional dos refugiados com o Sul Global: uma análise do “conceito do sul” de refugiado e de sua não aplicação pelas Nações Unidas*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2019
- SANTOS, B.D.S e TAVARES, M. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina. 2009
- SANTOS, B.D.S. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. Revista Crítica de Ciências Sociais (63). 2002. p. 237-280

- SANTOS, B. D.S. *Um discurso sobre as ciências*. Afrontamento, 7ª Ed. Coimbra. 1995
- SEBASTIANI, L. *La colonialidad del poder y del saber em las Políticas públicas de la unión europea: Reflexiones a partir de una investigación sobre “inmigración” e “integración”*. Revista de Antropología Experimental nº 15 (29), 2015, p. 535-552
- ZUBIZARRETA, J.H. *La necropolítica frente a los derechos humanos*. CADTM, 2018

# DISCURSO DE ÓDIO: HOMOFOBIA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

**Rosália Maria Carvalho Mourão**

*Por que foi que cegamos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que vendo, não veem.*

**RESUMO:** O artigo tem o objetivo de discutir a relação do discurso de ódio relacionado a homofobia nas redes sociais a partir do caso Lucas Santos, que cometeu suicídio após um vídeo seu viralizar no TikTok. Qual o impacto que o discurso de ódio tem na vida das vítimas? Existe um limite na liberdade de expressão ao manifestar o pensamento? No direito brasileiro existe uma responsabilização pelos atos homofóbicos realizados nas redes sociais? Depois do episódio em questão abriu-se uma discussão sobre a saúde mental dos adolescentes que utilizam as redes sociais como entretenimento, ainda mais em tempos de pandemia em que não se pode sair com tanta frequência como antigamente e o impacto que isso causa na vida de pessoas que ainda estão em processo de formação. Conclui-se que existe limite para a liberdade de expressão nas redes sociais. Existem decisões judiciais em que os agressores são punidos no âmbito civil ao indenizarem suas vítimas. Há projetos de lei no Brasil de caráter educativo, como o aprovado na Assembleia Legislativa da Paraíba, que leva o nome de Lucas Santos para promover o debate sobre as causas e consequências do discurso de ódio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discurso de ódio. Homofobia. Liberdade de expressão.

## INTRODUÇÃO

Era para ser apenas uma brincadeira entre dois amigos adolescentes, que num vídeo curto na plataforma TikTok simularam que se beijavam. A intenção era apenas umas 500 curtidas e diversão, segundo o próprio Lucas Santos, mas o vídeo viralizou e obteve mais de dez mil visualizações e o que era para ser uma brincadeira saiu completamente do controle.

O discurso de ódio perante os adolescentes foi tão cruel que logo depois Lucas Santos gravou um segundo vídeo explicando que tudo era brincadeira, que ele e o amigo eram héteros. “Provavelmente vai chegar na minha tia, que vai me dar um bofete. Somos apenas amigos e héteros.”, “Tô fazendo isso para não tomar uma surra tão grande, tão merecida. A gente é só amigo” Mas os ataques continuaram e se tornaram mais agressivos. Ninguém deveria precisar explicar sua orientação sexual, qualquer que seja ela, homo ou heteroafetiva. A orientação sexual deveria interessar apenas a própria pessoa, mas no Brasil que é um dos países que mais mata LGBTQI A+ as pessoas se acham no direito de opinar e até matar direta ou indiretamente, qualquer pessoa que fuja ao padrão heteronormativo. O relatório “Observatório das Mortes Violentas De LGBTI+1 No Brasil – 2020” analisa o número de assassinatos de LGBTI+ de 1990 a 2020 e nota de forma explícita o crescimento do número de mortes violentas nesta população como vemos nos dados abaixo:

No ano de 1990, foram assassinadas no Brasil 164 LGBTI+, vinte anos depois, em 2010, foram assassinadas 260 LGBTI+ no Brasil, um aumento de aproximadamente 60% no número de mortes. Entretanto, o maior número de mortes registrado foi no ano de 2017, quando foram documentadas 445 mortes de LGBTI+ no Brasil, segundo o relatório produzido pelo Grupo Gay da Bahia (2018). Em 2020 observa-se novamente uma queda no registro de mortes motivadas pela LGBTIfobia em nosso país, comparativamente ao ano de 2019, 2020 registrou uma queda de 28% acumulando um total de 237 mortes. Apesar da redução quantitativa, ressalte-se que não existem motivos reais e factíveis para se comemorar, a redução no número de mortes motivadas pela LGBTIfobia não se deu pelo incentivo do Estado na promoção de políticas públicas de inclusão e proteção desse segmento, mas sim, por uma oscilação numérica imponderável e pela enorme subnotificação identificada durante as buscas, pesquisas e registros e também pelo desmonte – a partir de 2018 – dos investimentos em políticas públicas, campanhas de incentivo à denúncia e proteção às vítimas<sup>239</sup>.

Como podemos perceber os números de mortes de pessoas LGBTQIA+ são alarmantes e apesar de haver uma diminuição no número de mortes no ano de 2020 isso não se deve a políticas públicas implantadas pelo Estado, mas a subnotificação de casos e a pandemia que diminuiu a circulação de pessoas no país devido a uma série de restrições impostas por prefeitos e governado-

---

239 GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; AYRES, Carla Simara Luciana da Silva; SOUZA, Wilians Ventura Ferreira; SILVA, Kayque Virgens Cordeiro da (Orgs). Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia; 1. ed. – Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Observat%C3%B3rio%20de%20Mortes%20Violentas%20de%20LGBTI-0001.pdf>. Acesso em: 25/08/2021.

res. Os dados são referentes aos homicídios, em muitos casos os números de suicídios dessa população não são notificados. A violência psicológica, os ataques virtuais por intermédio das redes sociais em muitos casos também não são notificados pelas vítimas aos órgãos públicos, por vergonha, medo, receio de mais uma vez serem alvo de chacotas e piadas estas ofensas não são denunciadas.

O objetivo do artigo é analisar o discurso de ódio nas redes sociais, observando os limites da liberdade de expressão e as consequências jurídicas desse em relação a homoafetividade.

O discurso de ódio tem como alvo grupos vulneráveis, sejam eles: mulheres, homossexuais, crianças e adolescentes, pessoas com deficiências, idosos. São manifestações que incentivam o ódio e aversão ao outro, ao diferente, a quem não está no padrão pré-definido pela sociedade, promovendo a discriminação seja ela de gênero, raça, religião, sexualidade, qualquer situação que não seja a padronizada pela sociedade é mal vista por algumas pessoas. Assim, podemos dizer que o discurso de ódio:

É a manifestação de pensamento que incita a violência em razão de características físicas ou comportamentos sociais, que têm como vítimas preferenciais grupos vulneráveis. Diante da inexistência de divergências sobre o conceito, são seus núcleos manifestações de pensamento; incitação à violência;

características físicas ou comportamentos sociais; e grupos vulneráveis<sup>240</sup>.

A base desse discurso é a intolerância perante as diferenças. Deve haver uma padronização que deve ser seguida à risca, se alguém está fora desse padrão vai sofrer as consequências por isso. Lucas Santos provavelmente não é homossexual e a questão não é se ele é ou não, isso de fato não importa. O simples fato de brincar que possui uma orientação sexual homoafetiva já é o suficiente para que pessoas que não o conhecem o ataquem na internet e promovam um verdadeiro linchamento virtual<sup>241</sup>. Afinal, existe uma naturalização da norma heterossexual como podemos observar no trecho abaixo:

A naturalização da norma heterossexual, ao aprisionar as subjetividades no binarismo hétero/homossexual, cria automaticamente mecanismo de saber e de poder nos quais a diferença é exposta como um desvio ou com uma anomalia. Definido o comportamento ou o modo de ser desviante a partir da regra heterossexual, o controle social formal é instrumentalizado nos processos de criminalização (direito penal) e de patologização (psiquiatria) da diferença. Outrossim, para além destas respostas sancionadas produzidas nas e pelas agências de punitividade (violência institucional), a lógica heteronormativa potencializa inúmeras outras formas de violências (simbólicas

---

240 CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil*. Elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

241 O termo linchamento virtual é utilizado no sentido de pessoas que são prejudicadas em sua reputação, pela opinião pública no “tribunal da internet”, com divulgação de fotos, vídeos, prints, com teor ofensivo.

e interindividuais) nas quais a diversidade sexual é vitimizada (homofobia)<sup>242</sup>

Para um adolescente com um histórico de depressão, que está apenas brincando com um amigo, ser colocado como “anormal”, “aberração”, dentre outros nomes, sofrer um ataques virtuais porque é supostamente homossexual é o suficiente para que este cometa suicídio. Segundo Judith Butler a respeito do discurso de ódio:

Uma pessoa não está simplesmente restrita ao nome pelo qual é chamada. Ao ser chamada de algo injurioso, ela é menosprezada e humilhada. Mas o nome oferece outra possibilidade: ao ser insultada, a pessoa também adquire, paradoxalmente, certa possibilidade de existência social e é iniciada na vida temporal da linguagem, que excede os propósitos prévios que animavam aquela denominação. Portanto, o chamamento injurioso pode parecer restringir ou paralisar aquele ao qual é dirigido, mas também pode traduzir uma resposta inesperada e que oferece possibilidades. Se ser chamado é ser interpelado, a denominação ofensiva tem o risco de introduzir no discurso um sujeito que utilizará a linguagem para rebater a denominação ofensiva. Quando o chamamento é injurioso, exerce sua força sobre aquele a quem fere. Mas o que é essa força, e como podemos entender suas falhas<sup>243</sup>?

Segundo Judith Butler apenas encontrar o contexto em que o ato de fala injuriosa foi proferida, os limites espaciais e temporais, não é suficiente para avaliar os efeitos que esse discurso irá causar. Não tem como

---

242 CARVALHO, Salo de. DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204-205.

243 BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Traduzido por Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p.13



prever o que esse discurso de ódio causará no outro, se ele irá perder o controle ou não.

Ser chamado de forma injuriosa não é apenas abrir-se a um futuro desconhecido mas desconhecer o tempo e o lugar da injúria, desorientar-se em relação à própria situação como efeito desse discurso. O que se revela no momento de tamanha ruptura é exatamente a instabilidade do nosso "lugar" na comunidade de falantes; podemos ser "colocados em nosso lugar" por esse discurso, mas esse lugar pode ser lugar nenhum<sup>244</sup>.

É comum ouvirmos que as palavras "machucam" ou "matam" quando se diz isso refere-se aos efeitos que o discurso de ódio tem sobre suas vítimas. É uma metáfora para falar da dor que se sente ao ser agredido com palavras ofensivas, que causam um sofrimento psíquico e que o corpo sente fisicamente. "Certas palavras ou certas formas de chamar não apenas ameaçam o bem-estar físico; o corpo é alternadamente preservado e ameaçado pelos diferentes modos de endereçamento"<sup>245</sup>

O discurso de ódio mata através da violência simbólica, porque o discurso machuca, humilha, agride verbalmente as pessoas pela sua orientação sexual. Esta não deveria importar a mais ninguém a não ser as pessoas envolvidas num relacionamento afetivo. No entanto, muitas são as pessoas que são algozes da orientação sexual alheia, espreitando, quem é ou não LGBTQIA+

---

244 BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Traduzido por Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p.16

245 BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Traduzido por Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p.17

para atacá-las das mais variadas formas possíveis. Pode ser um ataque como o que aconteceu na Av. Paulista, em São Paulo, em 2010, em que cinco jovens agrediram um rapaz com uma lâmpada fluorescente por acreditar que ele era homossexual ou pode ser realizado através de ataques anônimos ou não nas redes sociais.

Na internet os ataques acontecem de forma agressiva através de xingamentos, que atingem a honra da vítima e se espalham de forma rápida por grupos de whatsapp, prints são compartilhados, e-mails são enviados e de repente uma onda de ódio se espalha por toda a rede de contatos das vítimas, que ficam isoladas e muitas vezes não encontram o devido amparo afetivo na família, nos amigos ou ajuda profissional de psicólogos e psiquiatras e jurídica de advogados. A mera proibição pelo Estado não seria capaz de conter o furor emocional de pessoas que destilam o discurso do ódio.

A proibição por si só não tem o condão de impedir a existência do discurso do ódio, pois não atinge diretamente as causas que lhe deram origem, apenas veda a exteriorização com vistas a evitar danos causados às pessoas atingidas. É necessário conhecer as razões e o conteúdo do discurso do ódio para que se possa combatê-lo com eficiência<sup>246</sup>.

A violência no caso em questão deu-se por meio “de violência simbólica (cultura homofóbica), a partir da construção social de discurso de inferiorização da

---

246 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 230-231

diversidade sexual e de orientação de gênero<sup>247</sup>”. O adolescente teve sua orientação sexual questionada a tal ponto que fez um outro vídeo se justificando, explicando que tudo não passava de uma brincadeira, com a intenção que os ataques virtuais homofóbicos a ele parassem, no entanto, isso não aconteceu.

As agressões homofóbicas ocorreram por uma simulação de um beijo entre dois adolescentes. Não existe beijo gay, assim como não existe beijo hetero. Beijo é uma expressão de afeto entre duas pessoas que se gostam, é manifestação de carinho, seja no rosto, na testa, na boca. Como diria Mário Quintana “ A vida fica muito mais fácil se a gente sabe onde estão os beijos de que precisamos<sup>248</sup>”

Em contrapartida a manifestação de afeto entre dois adolescentes, existe o discurso de ódio que faz vítimas todos os dias. Quando o meio utilizado é a internet, os agressores se valem do anonimato, geralmente criam perfis falsos para atacar, humilhar, constranger outras pessoas por qualquer que seja o motivo. No caso de Lucas Santos atacou-se sua orientação sexual, colocando-o em situação de inferioridade por ter simulado um beijo com um amigo. Os xingamentos, as humilhações tomaram uma proporção gigantesca, foram mi-

---

247 CARVALHO, Salo de. DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 206

248 QUINTANA, Mário. Disponível em <https://www.frasesdobem.com.br/frase/5724>. Acesso em 26/08/2021.

lhares de visualizações, pessoas que não o conheciam o xingavam, atacavam a ele e sua família, seus valores, seus amigos.

Quem pratica o cyberbullying o faz acreditando na impunidade, sob a máscara do anonimato, utilizando nomes fictícios, não acredita que vai ser punido por dizer o que pensa. O agressor acredita que sua opinião pode ser manifestada porque ele realmente acredita naquilo que diz em relação ao outro. É sua opinião e portanto ele pode expressá-la, não importa que ao fazer isso viole o direito de outra pessoa. Qual o limite da liberdade de expressão no discurso de ódio? As pessoas podem dizer tudo o que pensam e expressá-la sem uma preocupação com os direitos fundamentais de outra pessoa? Até que ponto as ideias de ódio disseminadas na internet podem levar a automutilação ou ao suicídio? Existe uma penalização para as pessoas que incitam a violência através de um discurso homofóbico, misógeno, racista no Brasil?

São muitos os questionamentos a respeito das causas e consequências de ideias e pensamentos que são disseminadas nas redes sociais e o impacto que têm na vida das vítimas e seus familiares. A dor da família de Lucas Santos é imensurável diante da perda de um adolescente que tinha uma vida toda pela frente e que foi interrompida de forma drástica por algo que poderia ter sido evitado.

## 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é protegida constitucionalmente no Brasil, mas a discussão neste caso é até que ponto a liberdade de expressão pode ser utilizada para disseminar discurso de ódio contra os grupos vulneráveis, tais como: homossexuais, mulheres, deficientes, crianças e adolescentes.

A liberdade de expressão não constitui um direito absoluto. De acordo com o famoso exemplo invocado pelo juiz norte americano Oliver Wendell Holmes, esta liberdade não vai ao ponto de proteger pessoa que grita “fogo!” no interior de um cinema lotado. São inúmeras as hipóteses em que o seu exercício entra em conflito com outros direitos fundamentais ou bem jurídicos coletivos constitucionalmente tutelados. Tais conflitos devem ser equacionados mediante uma ponderação de interesses, informada pelo princípio da proporcionalidade, e atenta às peculiaridades de cada caso concreto<sup>249</sup>.

A liberdade de expressão protege as manifestações de pensamentos das pessoas e isso quer dizer posicionamentos antagônicos como é o caso da Marcha da Maconha, por exemplo, em que:

Todo e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja. Aliás, um dos campos em que mais é necessária a liberdade de expressão é exatamente na defesa do direito à manifestação de ideias impopulares, tidas como incorretas ou até perigosas pelas maiorias, pois é justamente nestes casos em que ocorre o maior risco de imposição de restrições, como assentou com propriedade o STF, no julgamento da APDF 187, que versou sobre a chamada “Marcha da Maconha”<sup>250</sup>

---

249 CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 257

250 CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. *Comentários a Constituição do*

No caso da Marcha da Maconha distingue-se a conduta e o discurso. Este é resguardado pela liberdade de expressão, ou seja, pode-se solicitar descriminalização da maconha, mas não pode fazer uso dela enquanto o direito brasileiro considera que seu consumo é crime. Manifestar sua opinião a respeito da utilização da maconha para uso medicinal ou recreativo, descriminalizando seu uso pelo Estado, não é considerado crime e é uma manifestação da liberdade de expressão que não traz prejuízo aos cidadãos.

Deve haver limites à liberdade de expressão e sua manifestação, principalmente quando diz respeito as redes sociais, que promove uma disseminação de conteúdo maior e veloz, que tanto pode trazer benefícios como malefícios, como no caso do Lucas Santos.

Um desses limites diz respeito a Igualdade e dignidade humana:

Há manifestações que se voltam contra a igualdade dos membros de determinados grupos, como as expressões de racismo, sexismo, homofobia e intolerância religiosa, entre outras formas de discriminação. Tais manifestações tendem a abalar a autoestima de suas vítimas, atingindo sua dignidade e fomentando um ambiente de intolerância, que nada contribui para a democracia<sup>251</sup>.

As mensagens virtuais no vídeo do TikTok exprimam o conteúdo homofóbico, de caráter discriminatório com relação a um determinado grupo vulnerável,

---

*Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256

251 CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 258

abalando de forma considerável a autoestima, a honra e a imagem do adolescente Lucas Santos, de forma que demonstrou a intolerância perante a orientação sexual diferente da heteroafetiva, levando a vítima do conteúdo ofensivo a cometer suicídio perante a avalanche de mensagens humilhantes que recebeu questionando sua masculinidade, caráter, honra, imagem, família. “A liberdade de expressão pode confrontar-se com a proteção da criança e do adolescente, e os direitos dessas pessoas em formação desfrutam de elevada estatura constitucional (art. .227 da CF)<sup>252</sup>”

Outra limitação constitucional está prevista no art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, ou seja, pode-se manifestar ideias desde que seja possível saber quem está expressando a opinião, para que no caso de extrapolar os limites constitucionais permitidos a pessoa possa ser responsabilizada civil e penalmente pelos seus atos.

O modelo de liberdade de expressão desenhado pela Constituição de 1988 é o da liberdade com responsabilidade. Em outras palavras é consagrada com grande amplitude a liberdade de manifestação, mas por outro lado, estabelece-se que aqueles que atuarem de forma abusiva no exercício do seu direito, e com isso causarem danos a terceiros, podem ser responsabilizados por seus atos. A proibição do anonimato destina-se exatamente a viabilizar esta possibilidade de responsabilização, por meio da identificação do autor de cada manifestação<sup>253</sup>.

---

252 CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 258

253 CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 259

As pessoas que promovem discurso de ódio na internet devem ser responsabilizadas pelo conteúdo ofensivo de suas postagens, que causam dor e sofrimento às vítimas, que promovem violência psicológica, automutilação e até o suicídio. Essas pessoas tem tanta consciência de que o que fazem é crime, que se escondem através de perfis falsos, do anonimato para que não sejam responsabilizadas por seus atos.

## **2. HOMOFOBIA E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS**

Em 2019, o Plenário do STF no julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não ter editado até então nenhuma lei que criminalizasse a homofobia. Assim, enquanto não houver legislação específica para criminalizar as condutas homofóbicas, transfóbicas, estas são equiparadas aos delitos previstos na lei 7.716 de 05 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, mas conhecida como a lei do racismo.

O vocábulo homofobia é um neologismo criado pelo psicólogo George Weinberg para definir os sentimentos aversivos que determinadas pessoas possuem pelos homossexuais e pode ser definida segundo Junqueira como:

Com esse sentido, o termo costuma ser empregado quase que exclusivamente em referência a conjuntos de emoções negativas (tais como aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação a pessoas homossexuais ou assim identificadas. Essas emoções, em alguns casos, seriam a tradução do receio (inconsciente e “doentio”) de a própria



pessoa homofóbica ser homossexual (ou de que os outros pensem que ela seja). Assim, seriam indícios (ou “sintomas”) de homofobia o ato de se evitarem homossexuais e situações associáveis ao universo homossexual, bem como a repulsa às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Essa repulsa, por sua vez, poderia se traduzir em um ódio generalizado (e, de novo, “patológico”) às pessoas homossexuais ou vistas como homossexuais<sup>254</sup>.

Percebe-se que o homofóbico possui um verdadeiro horror a qualquer coisa que diga respeito aos homossexuais e expressa sua aversão de forma agressiva em atos, ao agredi-los fisicamente, quando estes estão demonstrando afeto em público, quando os veem sozinhos e percebem que ele não tem condições de se defender contra um grupo de agressores, nas redes sociais através de perfis falsos que perseguem, humilham, xingam por eles demonstrarem sua orientação sexual. Muitas vezes as agressões verbais veem também com citações bíblicas, com um discurso religioso agressivo de que por serem homossexuais estão condenados ao inferno, e exigem uma conversão do pecador para que estes tenham a salvação eterna, que Jesus ama o pecador, mas não aprova o pecado.

O conteúdo homofóbico pode ser encontrado na internet em vários sites, blogs, redes sociais como facebook, instagram, twitter, TikTok, às vezes uma postagem de conteúdo agressivo se destaca das demais e os

---

254 JUNQUEIRA, Rogério D. *Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas*. Revista Bagoas, Belo Horizonte, v.1, n.1, 2007, p.04. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256/1689>. Acesso em 26/08/2021.

comentários dão uma dimensão do ódio à diversidade, aos que tem orientação sexual diversa da heterossexual. As agressões virtuais são realizadas através de:

(...) deboches, piadas irônicas, termos pejorativos, insultos, comentários agressivos em notícias relacionadas ao tema e ameaças contra os homossexuais que, no meio virtual tomam proporções inimagináveis, por atingirem os alvos da discriminação e as demais pessoas que compõem o âmbito digital; o cerceamento da dignidade e liberdade de um indivíduo, dentro de um Estado democrático em constante luta pela solidariedade como valor fundamental, sempre fere aos demais<sup>255</sup>.

Faz-se necessário uma discussão séria sobre a temática do discurso do ódio nas redes sociais e os malefícios que pode causar tanto a nível psicológico como físico, e a responsabilização das pessoas que promovem, instigam outras pessoas a proferir ofensas e atos físicos contra qualquer grupo vulnerável.

Promover campanhas de conscientização nas redes sociais, nas escolas, faculdades e universidades, com palestras sobre o tema com pessoas que tiveram suas vidas afetadas de alguma forma por esse discurso de ódio e as consequências jurídicas para os agressores. No trecho abaixo temos formas de minimizar o impacto que a violência provoca na vida das vítimas:

---

255 BARCELLOS, Leticia Vasconcelos, SOARES, Rooney Casani. *A disseminação da homofobia por meio dos discursos de ódio na mídia: violação ao direito fundamental à identidade de gênero*. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. p.09-10. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 26/08/2021.

Algumas formas de dirimir a violência virtual contra homossexuais são evidentes, e, todo cidadão tem possibilidade de fazê-lo, a exemplo de, mobilizar grupos de pessoas para que atuem como militantes nas mídias digitais, principalmente, divulgando discursos positivos em plataformas onde imperam os discursos de intolerância; iniciar campanhas de conversão do ódio em solidariedade, promover a ideia de diálogos plurais, utilizando exatamente os mesmos sítios eletrônicos onde mais ocorrem atos discriminatórios, fazendo com que a ideologia do ódio perca sua força e seus seguidores; tornar comum a divulgação de mensagens positivas e a inclusão das minorias sexuais do ódio<sup>256</sup>.

A educação é uma das formas de combater essa disseminação de conteúdo impróprio que viole os direitos fundamentais do indivíduo, alegando que todos tem o direito de se expressar e que é a “opinião dele” e que por isso tem o direito de não ser censurado. Quando se viola o princípio da dignidade da pessoa humana, e atinge os direitos fundamentais de outra pessoa deve-se responder perante os tribunais seja no âmbito civil com uma indenização pelos danos causados, seja criminalmente quando atingiu a honra, a imagem de outra pessoa.

Os agressores não podem ficar impunes sob a égide de que tem o direito a livre manifestação do pensamento, de suas opiniões, mas utilizam-se do anonimato, criando perfis falsos para promover uma verdadeira

---

256 BARCELLOS, Leticia Vasconcelos, SOARES, Rooney Casani. *A disseminação da homofobia por meio dos discursos de ódio na mídia: violação ao direito fundamental à identidade de gênero*. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. p.09-10. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 26/08/2021.

campanha de difamação e intimidação perante as vítimas. Mostrando assim que tem plena consciência que seus atos ferem os direitos fundamentais de outra (as) pessoa (s) e por isso devem ser responsabilizados.

Nos tribunais brasileiros já existem casos em que as vítimas foram indenizadas pelo discurso de ódio racista, homofóbico e misógino promovido nas redes sociais e que causou constrangimento e humilhações as vítimas.

No caso de Lucas Santos foi aprovado na Assembleia Legislativa da Paraíba um projeto de lei apresentado por Adriano Galdino criando o dia estadual de combate ao Cyberbullying e monitoramento de ofensas como forma de promover por intermédio da educação discussões sobre o tema como vemos abaixo:

A iniciativa consiste na realização de ações educativas direcionadas aos estudantes dos ensinos fundamental e médio da rede pública estadual e privada. “Temos o dever de reforçar a necessidade de respeito aos direitos humanos e à individualidade de todas as pessoas, combatendo-se toda forma de discriminação”, ressaltou Adriano. A lei ainda assegura às vítimas de cyberbullying acesso prioritário aos serviços públicos de assistência médica, social, psicológica e jurídica, que poderão ser oferecidos por meio de parcerias e convênios<sup>257</sup>.

A intenção é promover o debate a respeito do tema no âmbito escolar, para evitar que outros casos semelhantes aconteçam e

---

257 Lei Lucas Santos: projeto de Adriano cria série de iniciativas de combate ao Cyberbullying na Paraíba. Disponível em <http://www.al.pb.leg.br/40593/lei-lucas-santos-projeto-de-adriano-cria-serie-de-iniciativas-de-combate-ao-cyberbullying-na-paraiba.html>. Acesso em 26/08/2021.

oferecer apoio jurídico e psicológico as vítimas do discurso de ódio promovido na internet.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso de Lucas Santos chamou a atenção do Brasil por diversos aspectos, adolescente de 16 anos, filho da cantora de forró Walkyria Santos, que após o suicídio do filho também se utilizou das redes sociais para falar da dor de perder o filho que cometeu suicídio motivado pela avalanche de mensagens ofensivas, homofóbicas que recebeu ao disponibilizar na plataforma TikTok uma brincadeira que simulava um beijo entre dois adolescentes.

Dentre as discussões questionou-se sobre a saúde mental do adolescente, o que não foi objeto de estudo do artigo, mas o impacto que as redes sociais causam na vida de milhares de adolescentes que querem ter mais curtidas, atrair seguidores, serem influenciadores digitais e estão constantemente fazendo postagens, vídeos para as redes sociais.

Definimos o que constitui o discurso de ódio e o mal que ele causa às pessoas, ainda mais aquelas que ainda estão em formação, como é o caso de adolescentes, que muitas vezes não percebem o impacto que determinadas ações, postagens, vídeos causam em sua vida e na de sua família.

A liberdade de expressão prevista constitucionalmente tem seus limites ao atingir aos direitos fundamentais de outras pessoas, como é o caso da honra,

imagem, intimidade. Quando se diz o que quer assumir-se o risco de ser responsabilizado civilmente, através de um pedido de indenização por dano moral sofrido pela vítima, pela dor emocional causada devido o constrangimento, a humilhação.

A família de Lucas Santos utilizou a dor de perder um ente querido para através de um projeto de lei promover um debate saudável sobre o cyberbullying e suas consequências, sobre o impacto que o discurso de ódio tem na vida das pessoas. Em casos mais extremos as vítimas podem cometer suicídio, algumas entram em depressão por não conseguirem administrar as ofensas proferidas por pessoas que não as conhecem.

O debate é necessário para fortalecer o caráter educativo de práticas que possam minimizar os efeitos nefastos que o ódio promove nas redes sociais. O que era para ser lazer, entretenimento tornou-se o alçó de muitas pessoas, por verem suas vidas devastadas, ofensas proferidas por pessoas que não as conhecem, mas que atingem a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade.

## REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Letícia Vasconcelos, SOARES, Rooney Casani. A disseminação da homofobia por meio dos discursos de ódio na mídia: violação ao direito fundamental à identidade de gênero. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. p.09-10. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 26/08/2021.
- BUTLER, Judith. Discurso de ódio: uma política do performativo. Traduzido por Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora

- Unesp, 2021, p.13
- CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. Comentários a Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256
- CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso do ódio no Brasil. Elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CARVALHO, Salo de. DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204-205.
- GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; AYRES, Carla Simara Luciana da Silva; SOUZA, Wilians Ventura Ferreira; SILVA, Kayque Virgens Cordeiro da (Orgs). Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia; 1. ed. – Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Observat%C3%B3rio%20de%20Mortes%20Violentas%20de%20LGBTI-0001.pdf>. Acesso em: 25/08/2021.
- JUNQUEIRA, Rogério D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Revista Bagoas*, Belo Horizonte, v.1, n.1, 2007, p.04. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256/1689>. Acesso em 26/08/2021.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 230-231
- QUINTANA, Mário. Disponível em <https://www.frasesdobem.com.br/frase/5724>. Acesso em 26/08/2021.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.



**tirant**  
lo blanch

[www.editorial.tirant.com/br](http://www.editorial.tirant.com/br)

A presente obra é resultado da soma de esforços entre a Terceiro Andar Assessoria Educacional e a Escola Superior da Advocacia do Rio Grande do Sul – ESA- OAB/RS na realização do curso “A pesquisa acadêmica é para todos”. Os textos que aqui se encontram foram produzidos por alunas que passaram pela formação compartilhada entre ambas as instituições e demonstra como, com o apoio necessário, torna-se mais simples o processo de apreensão de conhecimento teórico sobre pesquisa e escrita científica. Buscamos, para tanto, não só incentivar a escrita desenvolvida no âmbito da pesquisa, mas também apresentar ao público que ao oferecermos as ferramentas necessárias para investigações com rigor e qualidade, a própria condução da elaboração e do desenvolvimento qualificado de artigo científico torna-se possível.

terceiro  
andar



ESA



+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA