

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**CLARA MOURA MASIERO**

**LUTAS SOCIAIS E POLÍTICA CRIMINAL:  
OS MOVIMENTOS FEMINISTA, NEGRO E LGBTQ E A CRIMINALIZAÇÃO DAS  
VIOLÊNCIAS MACHISTA, RACISTA E LGBTQFÓBICA NO BRASIL**

**SÃO LEOPOLDO  
2018**

Clara Moura Masiero

LUTAS SOCIAIS E POLÍTICA CRIMINAL:  
Os Movimentos Feminista, Negro e LGBTQ e a Criminalização das Violências  
Machista, Racista e LGBTQfóbica no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Doutora em  
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos – UNISINOS  
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. André Luis Callegari

São Leopoldo

2018

M3971 Masiero, Clara Moura.

Lutas sociais e política criminal: os movimentos feministas, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil / Clara Moura Masiero. – 2018.

389 f. : il. color. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2018.

“Orientador: Prof. Dr. André Luis Callegari.”


1. Movimentos sociais. 2. Discriminação. 3. Direito penal. 4. Preconceitos. 5. Política criminal. I. Título.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Bibliotecária: Bruna Sant’Anna – CRB 10/2360)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “LUTAS SOCIAIS E POLÍTICA CRIMINAL: Os Movimentos Feminista, Negro e LGBTQ e a Criminalização das Violências Machista, Racista e LGBTQfóbica no Brasil”, elaborada pela doutoranda Clara Moura Masiero, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 de março de 2018.

  
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 

Membro: Dr. José Ángel Brandariz García 

Membro: Dra. Marta Rodriguez de Assis Machado 

Membro: Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo 

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy 

Às pessoas que lutam.

## AGRADECIMENTOS

Esta tese foi desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, com período-sanduíche no Instituto Andaluz de Criminología, da Universidad de Málaga (Espanha) e contou com apoio financeiro da CAPES, por meio de bolsa PROEX. Portanto, começo agradecendo a essas instituições, pelo incentivo e confiança.

Agradeço à professoras e professores do PPG-Direito da Unisinos, no nome do meu orientador, Prof. André Luis Callegari, pela acolhida e pelas estimulantes reflexões. Aproveito para agradecer, também à Vera e ao Ronaldo, por todo o suporte. Aos colegas do doutorado, especialmente Fernando, Danilo, Lira, Ana Paula e Raul, por dividirem as angústias e as realizações que envolvem a pesquisa e escrita da tese.

Esta tese deve muito, também, ao GPESC. Agradeço ao grupo, no nome do seu coordenador, Prof. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, por ter me proporcionado uma base de pesquisa e pelas reflexões em torno ao sistema penal.

Agradeço, também, ao subgrupo “Sociedade contra o estado”, coordenado pelo Prof. José Rodrigo Rodriguez, cujos poucos encontros me proporcionaram grandes ideias. Sobretudo por ter, dali, tido contato com o marco teórico da *legal mobilization*.

Não tenho palavras para agradecer aos professores e companheiros da Universidad de Málaga, que me proporcionaram um período-sanduíche ao mesmo tempo produtivo e afetivo. Sou muito grata aos Professores Jose Luis Díez Ripollés, Patricia Lorenzo Copello, Anabel Cerezo Domínguez, Jose Becerra, Fatima Pérez Jimenez, Juan Muñoz Sánchez, por terem me ouvido e refletido comigo. Da mesma forma, agradeço, também, ao Professor José Ángel Brandariz García, da Universidad da Coruña, pela recepção no Norte e pelas conversas inspiradoras. Aos companheiros de Málaga, em especial Bertha, Juan Diego, Andrea, María, António, Palmira, Nabila, Belinda, que me fizeram amar Málaga.

Aos meus grandes amigos que saíram da academia para a vida, minhas comadres inspiradoras, Mariana Santiago-Santos e Emília Giuliani; meus parceiros brilhantes, Leandro Ayres França e Guilherme Dornelles; e minha amiga genial, Raquel Scalcon.

Aos meus amigos de uma vida já Marina Wacquil, Guilherme Petry, Mel Rutkoski, Flávio Aguilár, Joana Thies, Lala Lajus, Sarah Beirith, por estarem sempre presente, mesmo quando longe.

Aos que tornam minha vida em São Paulo mais feliz, Rafael Custódio, Luiza Petry, Michel Morem, Fernanda Moura, Felipe Porto e Yuri Felix.

Ao Felipe Lermen, meu parceiro de vida, que torna minha vida mais feliz em qualquer lugar.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, por serem pessoas de luta e por terem me ensinado a lutar. Esta tese também é dedicada a vocês.

À minha família – Nelson Moura, Ana Terezinha Llantada Moura, Aline Moura, Adriane Moura, André Moura e Vânia Maria Lermen (esta tese, sem dúvida, também é dedicada a ti) – pela alegria de cada encontro.

“Isso mesmo, não amo grandes ideias. Amo o ser humano pequeno...”  
 (“A guerra não tem rosto de mulher”, Svetlana Aleksievitch).



## RESUMO

Esta tese trata da relação entre movimentos sociais e direito (penal) e seu eventual reflexo na política criminal brasileira. Há dois objetivos centrais: primeiro, analisar o papel do direito – em especial do direito penal – na atuação dos movimentos sociais e para a mudança social; e, segundo, compreender a política criminal brasileira voltada aos crimes de discriminação, motivados por preconceito ou, também chamados, crimes de ódio, e verificar sua permeabilidade às demandas dos movimentos sociais. Para tanto, a tese está dividida em duas partes: a primeira apresenta fundamentalmente o marco teórico, enquanto a segunda, traz a pesquisa empírica. O marco teórico da tese envolve a combinação de quatro perspectivas teóricas: (i) as teorias dos movimentos sociais; (ii) a teoria da mobilização do direito (*legal mobilization*); (iii) a teoria crítica do direito (penal); e, (iv) as perspectivas de análise de política criminal. A partir dessa moldura analítica, concluiu-se que nem toda expansão do direito penal representa “populismo punitivo” (política criminal irracional e desnecessária). É possível expansão penal legítima e com efetividade aceitável, a que se chama “realismo de esquerda”, desde que presentes as seguintes variáveis: (i) decorrer de um problema social concreto; (ii) representar dano a um bem jurídico relevante; e, (iii) absorver discurso produzido pelos atores sociais envolvidos/afetados por este problema. A criminalização dos “crimes de ódio” atende a esses requisitos, pois são demandas provenientes de movimentos sociais, que geram dano relevante a um bem jurídico público, qual seja a dignidade de membros de determinados grupos sociais, cuja situação histórica de marginalização social, mantém-lhes em situação de desigualdade de *status* social, o que acaba por prejudicar a própria consolidação democrática. Segundo a pesquisa empírica, nem todas as leis brasileiras voltadas a enfrentar o preconceito, entretanto, seguem esta política criminal legítima. A pesquisa envolveu a identificação e seleção das leis penais (ou com relevância penal) brasileiras voltadas a enfrentar violências discriminatórias ou motivadas por preconceito e os respectivos documentos produzidos durante suas tramitações (totalizando 34 leis, isto é, em torno de 11% das leis penais aprovadas no período). Para a análise do banco de dados e verificação de sua interlocução com os discursos dos movimentos sociais, optou-se por delimitar o campo a três movimentos: Feminista, Negro e LGBTQ. Com isso, foram analisadas as leis penais voltadas à raça, sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero (totalizando 29 leis).

Dessas, somente “identidade de gênero” não consta em nenhuma lei penal. A pesquisa empírica envolveu, também, entrevistas com ativistas desses movimentos sociais. O campo confirmou que há certa permeabilidade entre a atuação dos movimentos sociais e a política criminal brasileira. Inclusive, as leis que mais se aproximam do discurso do movimento social envolvido, redundam em maior efetividade (“realismo de esquerda”); enquanto leis que não decorrem de um problema empírico concreto ou não absorvem o discurso produzido no interior dos movimentos sociais acabam carecendo de efetividade e conformando uma medida desnecessária (“populismo punitivo”).

**Palavras-chave:** Movimentos sociais. Mobilização do direito. Política criminal. Direito penal antidiscriminatório. Crimes de ódio.

## ABSTRACT

This thesis is about the relationship between social movements and (criminal) law and their possible indirect influence on Brazilian criminal policy. There are two central objectives: firstly, analysing the role of law - especially criminal law - in the actions of social movements and for social change; and, secondly, understanding Brazilian criminal policy directed at discrimination crimes, motivated by prejudice or also referred to as hate crimes, and assessing whether it may be permeated by the demands of social movements. As such, this thesis is divided into two parts: the first one basically presents the theoretical framework, while the second one introduces the empirical research. The theoretical framework of this thesis involves the merger of four theoretical perspectives: (i) the theories of social movements; (ii) the theory of legal mobilization; (iii) the critical theory of (criminal) law; and, (iv) the perspectives of criminal policy analysis. Based on this framing of the analysis, it was concluded that not every expansion of criminal law constitutes "punitive populism" (irrational and unnecessary criminal policy). Legitimate criminal expansion is possible, with acceptable effectiveness, towards what is referred to as "left realism", provided that the following variables exist: (i) resulting from an actual social problem (ii) constituting harm to a significant legal interest; and, (iii) absorbing the discourse produced by the social agents involved/affected by this problem. The criminalization of "hate crimes" satisfies these requirements, since they are demands originating from social movements, which give rise to significant harm to a public legal interest, which is the dignity of members of certain social groups, whose historical status of being socially marginalized keeps them in a situation of inequality in terms of social *status*, which ends up jeopardizing the consolidation of democracy among them. According to the empirical research, not all Brazilian laws directed at tackling prejudice, nevertheless, follow this legitimate criminal policy. The research involved the identification and selection of Brazilian criminal laws (or laws with criminal significance) directed at tackling discriminatory violence or violence motivated by prejudice and respective documents produced during respective prosecution (totalling 34 laws, that is, around 11% of criminal laws approved during the period). For the analysis of the database and assessment of respective dialogue with the discourse of social movements, the decision was taken to limit the scope to three movements: Feminist, Black and LGBTQ. In this way, criminal laws aimed at race, gender, sex, sexual orientation and gender

identity (totalling 29 laws) were analysed. Out of these, only "gender identity" does not feature in any criminal law. The empirical research also involved interviews with activists from these social movements. The scope confirmed that there is a certain level of permeability between the actions of social movements and Brazilian criminal policy. In actual fact, laws that are closest to the discourse of the social movement involved result in greater effectiveness ("left realism"); while laws that do not originate from an actual empirical problem and do not absorb the discourse produced as part of social movements end up lacking effectiveness and taking shape as an unnecessary measure ("punitive populism").

**Key words:** Social movements. Legal mobilization. Criminal policy. Anti-discriminatory criminal law. Hate crimes.

## LISTA DE GRÁFICOS

|  |     |
|--|-----|
| Gráfico 1 - Paradigmas do Direito.....   | 88  |
| Gráfico 2 - Paradigma Procedimentalista do Direito .....   | 93  |
| Gráfico 3 - Formação Legítima do Direito (macro).....  | 96  |
| Gráfico 4 - Condições para a gênese democrática das leis (micro).....  | 97  |
| Gráfico 5 - Categorias mencionadas nas leis penais brasileiras de enfrentamento ao preconceito .....   | 151 |
| Gráfico 6 - Leis penais aprovadas x década .....   | 155 |
| Gráfico 7 - Distribuição do Banco de Dados por Período Político .....  | 157 |
| Gráfico 8 - Década x Categoria Social .....  | 158 |
| Gráfico 9 - Organograma da Análise do Banco de Dados.....  | 159 |
| Gráfico 10 - Categorias identitárias dos dispositivos penais do período (1945-1964) .....  | 160 |
| Gráfico 11 - Categorias identitárias dos dispositivos penais do período (1964-1988) .....  | 201 |
| Gráfico 12 - Leis penais de enfrentamento ao preconceito/discriminação na redemocratização .....   | 236 |
| Gráfico 13 - Categorias das leis da redemocratização .....   | 237 |
| Gráfico 14 - Fluxograma Constituinte I: Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais > Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher ..... | 254 |
| Gráfico 15 - Fluxograma Constituinte II: Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.....   | 261 |
| Gráfico 16 - Fluxograma Constituinte III: Etapa da Comissão de Sistematização ..   | 269 |

## LISTA DE QUADROS

|  |            |
|--|------------|
| Quadro 1 - Relação das pessoas entrevistadas .....   | 50         |
| Quadro 2 - Focos do ativismo de grupos por período de formação .....                                     | 79         |
| Quadro 3 - Sinais da Mudança .....   | 116        |
| Quadro 4 - Indicadores.....  | 122        |
| Tabela 5 - Comparação entre penas: roubo simples x estupro .....   | 125        |
| Quadro 6 - Dano à dignidade x ofensa a valores.....  | 141        |
| Quadro 7 – Banco de dados: Legislação Penal Antidiscriminatória .....                                    | 153        |
| <i>Quadro 8 - Comparação leis penais antidiscriminatórias da República Populista (1945-1964) .....</i>   | <i>196</i> |
| <i>Quadro 9 – Comparação dispositivos penais das Leis de Imprensa .....</i>                              | <i>209</i> |
| <i>Quadro 10 - Comparação leis penais antidiscriminatórias da Ditadura Militar (1964-1988).....</i>      | <i>232</i> |
| Quadro 11 - Demandas do Movimento Feminista.....   | 240        |
| Quadro 12 - Demandas do Movimento Negro.....   | 241        |
| <i>Quadro 13 - Constituinte: Comissões Temáticas e suas Subcomissões .....</i>                           | <i>243</i> |
| Quadro 14 – Dispositivos da Constituição de 1988 de Enfrentamento ao Preconceito e à Discriminação ..... | 273        |
| Quadro 15 - Comparação Lei Afonso Arinos e Lei Caó.....  | 279        |
| Quadro 16 - Código Penal x Lei nº 10.803/2003.....   | 309        |
| Quadro 17 – Leis Mandato Collor (1990-1992) e Itamar (1992-1994) .....                                   | 345        |
| Quadro 18 - Leis Mandato FHC (1995-2002).....  | 346        |
| Quadro 19 - Leis Mandato Lula I (2003-2006) .....  | 347        |
| Quadro 20 - Leis Mandato Lula II (2007-2010) e Dilma (2011-2015).....                                    | 348        |
| Quadro 21 - Evolução "preâmbulo" .....   | 383        |
| Quadro 22 - Evolução "art. 3º" .....   | 384        |
| Quadro 23 - Evolução "art. 4º" .....   | 384        |
| Quadro 24 - Evolução "art. 5º" .....   | 385        |
| Quadro 25 - Evolução "art. 7º" .....   | 386        |
| Quadro 26 - Evolução "art. 216, § 5º" .....  | 387        |
| Quadro 27 - Evolução "art. 241, § 1º" .....  | 387        |

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>17</b>  |
| <b>PARTE I – MARCO TEÓRICO: TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO [PENAL], TEORIA CRÍTICA E POLÍTICA CRIMINAL .....</b> | <b>27</b>  |
| <b>2 TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: OS ATORES E SUA AÇÃO COLETIVA .....</b>   | <b>29</b>  |
| 2.1 As teorias dos movimentos sociais e seu repertório conceitual .....   | 30         |
| 2.2 Os novos movimentos sociais e a questão da identidade .....   | 35         |
| 2.3 A Teoria do Enquadre ( <i>framing</i> ) e o uso do direito ( <i>legal framing</i> ) pelos movimentos sociais .....                  | 40         |
| 2.4 Movimentos sociais no Brasil e sua percepção em relação ao direito .....  | 47         |
| 2.5 Conclusões parciais .....   | 56         |
| <b>3 MOBILIZAÇÃO DO DIREITO: APROXIMAÇÃO TEÓRICO-EMPÍRICA ENTRE A TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E O CAMPO SOCIOJURÍDICO .....</b>       | <b>60</b>  |
| 3.1. Reconsiderando o Mito dos Direitos: A Relevância Política dos Direitos ..  | 62         |
| 3.2 Mobilização do Direito e Luta Política: Aproximações Teóricas .....   | 66         |
| 3.3 Mobilização do Direito: Aproximações Empíricas.....   | 72         |
| 3.4 Estado da Arte da “Mobilização do Direito” no Brasil .....  | 75         |
| 3.5 Conclusões Parciais .....   | 82         |
| <b>4 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO: ENTRE DOMINAÇÃO E EMANCIPAÇÃO .....</b>   | <b>86</b>  |
| 4.1 Paradigma Procedimentalista do Direito .....  | 87         |
| 4.2 Legitimidade do Direito pelo Caminho da Teoria Discursiva do Direito de Habermas.....   | 94         |
| 4.3 Papel do Direito Penal para a Emancipação Social.....   | 100        |
| 4.4 Conclusões Parciais .....   | 107        |
| <b>5 LUTAS SOCIAIS E POLÍTICA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES DE ÓDIO E O DIREITO PENAL ANTIDISCRIMINATÓRIO.....</b>                | <b>110</b> |
| <b>5.1 Tendências Político-Criminais: Diagnósticos e Modelos de Análise .....</b>   | <b>110</b> |
| 5.1.1. Modelo Analítico Proposto por David Garland: Dimensão Rigor/Moderação Penal.....   | 111        |
| 5.1.2 Modelo Analítico Proposto por José Luis Díez Ripollés: Dimensão Inclusão/Exclusão social .....                                    | 117        |

|   |            |
|---|------------|
| 5.1.3 Diagnósticos e Modelos de Análise Político-Criminal no Brasil .....   | 123        |
| 5.1.4 Dimensões de Análise da Tese .....  | 130        |
| <b>5.2 Os Crimes de Ódio e o Direito Penal Antidiscriminatório .....</b>  | <b>132</b> |
| 5.2.1 Crimes de Ódio: Traços Característicos.....   | 135        |
| 5.2.2 Discurso de Ódio: Dano x Ofensa .....   | 138        |
| 5.2.3 Reflexões sobre a Legitimidade do Direito Penal Antidiscriminatório .....   | 142        |
| <b>5.3 Conclusões Parciais .....</b>  | <b>145</b> |
| <b>PARTE II – PESQUISA: ATUAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DOS MOVIMENTOS<br/>SOCIAIS (NEGROS, FEMINISTAS E LGBT’S) E O TRATAMENTO DA<br/>LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA À DISCRIMINAÇÃO E AO PRECONCEITO<br/>.....</b> | <b>148</b> |
| <b>6 A REPÚBLICA POPULISTA (1946-1964) E O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL<br/>.....</b>  | <b>160</b> |
| <b>6.1 A Constituição de 1946 e a Intolerância à Propaganda de Preconceito de Raça<br/>e de Cor.....</b>  | <b>161</b> |
| 6.1.1 A Constituinte de 1945 e sua Constituição .....   | 162        |
| 6.1.2 Contexto e oportunidade política .....  | 165        |
| <b>6.2 A Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951) e a Penalização do Racismo.....</b>  | <b>170</b> |
| 6.2.1 Tramitação da Lei Afonso Arinos.....  | 172        |
| 6.2.2 Contexto e Oportunidade Política.....   | 175        |
| 6.2.3 Legitimidade e Eficácia da Lei .....  | 177        |
| <b>6.3 As Leis Complementares à Constituição de 1946 e a Criminalização do<br/>Preconceito de Raça .....</b>  | <b>180</b> |
| 6.3.1 A Lei nº 1.802/1953 e os Crimes Contra o Estado e a Ordem Política e Social<br>(Segurança Nacional).....  | 180        |
| 6.3.2 A Lei nº 2.083/1953 e a Liberdade de Imprensa.....  | 186        |
| 6.3.3 O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962) e a Criminalização<br>da Discriminação de Classe, Cor, Raça ou Religião .....   | 189        |
| <b>6.4 Lei nº 2.889/1956 e a Denominação do Genocídio no Brasil.....</b>  | <b>191</b> |
| <b>6.5 Conclusão do Período .....</b>   | <b>196</b> |
| <b>7 DITADURA MILITAR E A “RAÇA” SE MANTÉM NA AGENDA LEGISLATIVO-<br/>PENAL.....</b>  | <b>199</b> |
| <b>7.1 A Constituição de 1967 e o Mandado de Criminalização do Racismo.....</b>   | <b>201</b> |
| 7.1.1 contexto e oportunidade política.....   | 204        |



|  |            |
|--|------------|
| <b>7.2 A Nova Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) e as Restrições à Liberdade de Manifestação do Pensamento e de Informação .....</b>  | <b>206</b> |
| <b>7.3 Lei 5.473/1968 e a Criminalização da Discriminação em Razão do Sexo ...</b>   | <b>213</b> |
| 7.3.1 Tramitação da lei.....   | 214        |
| 7.3.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 216        |
| <b>7.4 Lei nº 7.170/1983 e os Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social .....</b>                                  | <b>217</b> |
| 7.4.1 Tramitação da Lei.....   | 218        |
| 7.4.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 219        |
| <b>7.5 A Lei nº 7.437/1985 e o Preconceito em Razão de Sexo e Estado Civil são Penalizados por Lei.....</b>                            | <b>221</b> |
| 7.5.1 Tramitação da Lei.....   | 222        |
| 7.5.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 224        |
| <b>7.6 Conclusão do período .....</b>  | <b>232</b> |
| <b>8 A REDEMOCRATIZAÇÃO E A EXPANSÃO DE LEIS PENAIS .....</b>  | <b>235</b> |
| <b>8.1 A Constituição de 1988 e uma Nova Base Ética do Estado Brasileiro .....</b>   | <b>238</b> |
| 8.1.1 Processo de elaboração da Constituição de 1988 .....   | 242        |
| 8.1.1.1 Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais < Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher ..... | 244        |
| 8.1.1.2 Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias < Comissão da Ordem Social .....                  | 255        |
| 8.1.1.3 Comissão de Sistematização e Etapa de Plenário .....   | 262        |
| 8.1.2 Conteúdo da Constituição de 1988 no Enfrentamento ao Preconceito e à Discriminação .....   | 272        |
| <b>8.2 Lei nº 7.716/1989 e a Criminalização do Preconceito de Raça ou de Cor ..</b>  | <b>276</b> |
| 8.2.1 Tramitação e Conteúdo da Lei .....   | 277        |
| 8.2.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 280        |
| 8.2.3 Eficácia Instrumental da Lei.....  | 285        |
| 8.2.4 Modificações à Lei Caó .....   | 287        |
| 8.2.4.1 Lei nº 8.081/1990 e o Preconceito de Raça, Religião, Etnia ou Procedência Nacional.....  | 287        |
| 8.2.4.2 A Lei nº 8.882/1994 e a Criminalização de Símbolos Nazistas.....   | 289        |
| 8.2.4.3 A Lei nº 9.459/1997 e a Ampliação da Lei Caó .....   | 289        |
| 8.2.4.4 A Lei nº 10.741/03 e o Estatuto do Idoso .....   | 292        |

|  |            |
|--|------------|
| 8.2.4.5 A Lei nº 12.033/2009 e a Injúria Racial .....  | 295        |
| 8.2.4.6 Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) .....  | 297        |
| <b>8.3 A Lei nº 9.029/1995 e a Criminalização da Discriminação no Emprego.....</b>   | <b>301</b> |
| 8.3.1 Tramitação da lei.....   | 302        |
| 8.3.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 304        |
| <b>8.4 A Lei dos Crimes de Tortura (nº 9.455/1997) e a Discriminação Racial .....</b>  | <b>306</b> |
| <b>8.5 A Lei nº 10.803/2003 e o Preconceito Ingressa no Código Penal .....</b>   | <b>309</b> |
| 8.5.1 Tramitação da Lei.....   | 309        |
| 8.5.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 310        |
| <b>8.6 Anos 2000 e o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres .....</b>  | <b>314</b> |
| 8.6.1 A Lei nº 10.224/2001 e a Criminalização do Assédio Sexual.....   | 315        |
| 8.6.1.1 Tramitação da Lei.....   | 315        |
| 8.6.1.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 317        |
| 8.6.2 A Lei nº 10.778/2003 e a Definição de Violência de Gênero.....   | 318        |
| 8.6.3 A Lei nº 10.886/2004 e o Crime de Violência Doméstica .....  | 320        |
| 8.6.4 As Leis nº 11.106/2005 e nº 12.015/2009 e os Crimes contra a Dignidade Sexual .....                                    | 322        |
| 8.6.5 Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006) e os Mecanismos para Coibir a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ..... | 326        |
| 8.6.5.1 Tramitação da Lei.....   | 329        |
| 8.6.6 Lei nº 13.104/2015 – Lei do Feminicídio .....  | 333        |
| 8.6.6.1 Tramitação da Lei.....   | 334        |
| 8.6.6.2 Contexto e Oportunidade Política.....  | 338        |
| <b>8.7 Conclusão do Período .....</b>  | <b>344</b> |
| <b>9 CONCLUSÃO.....</b>  | <b>350</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>366</b> |
| <b>APÊNDICE A – CONSTITUIÇÕES .....</b>  | <b>377</b> |
| <b>APÊNDICE B – LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL .....</b>   | <b>379</b> |
| <b>ANEXO I – CONSTITUINTE: ETAPA FINAL .....</b>   | <b>383</b> |
| <b>ANEXO II - ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL.....</b>  | <b>389</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Esta tese trata da mobilização dos movimentos sociais em torno ao direito, em especial ao direito penal, e do papel que este exerce tanto para a luta como para a mudança social pretendida. Nesse sentido, o objeto de pesquisa delimita-se na análise da criminalização das violências desencadeadas por preconceito, discriminação ou ódio sobre determinados grupos sociais.

A tese se insere, portanto, no contexto criado a partir das últimas décadas do século XX, em que se percebe um engajamento dos movimentos sociais em torno ao direito, no sentido de adotar a gramática jurídica, reivindicar alterações legais e, inclusive, demandar causas perante o poder judiciário.

Dentre as demandas sociais, destaca-se aquelas ligadas à estratégia identitária. Isto é, grupos sociais marcados por identidades sociais vulneráveis (político-socialmente), como mulheres, negros e LGBTQ's, reivindicando direito a tratamento não discriminatório, ao gozo pleno dos direitos civis e, em última análise à promoção da igualdade, via reconfiguração da distribuição de poder ou, como diz Vladimir Safatle (2018), “uma nova partilha necessária no campo da visibilidade social”.

Afinal, a igualdade não foi realizada nas sociedades modernas. Pelo contrário, elas convivem com estados de dominação homogeneizadores que impedem uma cidadania em igualdade para determinados grupos sociais, e essa dominação vem se perpetuando historicamente e produzindo uma forma específica de violência social<sup>1</sup>. Trata-se, justamente, da violência que se pretende trabalhar nesta tese, isto é, aquela violência que atinge as mulheres, por serem mulheres; os homossexuais, por serem homossexuais; os transgêneros, por serem trans; e os negros, por serem negros.

Por isso, se afirma que as sociedades são androcêntricas/patriarcais/machistas, racistas e heteronormativas<sup>2</sup>. De modo que

---

<sup>1</sup> “Violências ou dominações manifestas no plano individual ou privado, de mulheres por homens, ou de homossexuais por heterossexuais, de negros por brancos, de estrangeiros por nacionais, etc., mas num sentido muito mais acurado, reclama-nos pensar violências e dominações que ultrapassam situações de perturbação do estado de coisas ‘normal’”. (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 33).

<sup>2</sup> A heteronormatividade está presente por meio da existência de um variado e dinâmico arsenal de normas, injunções disciplinadoras e disposições de controle voltadas a estabelecer e a impor uma única sequência sexo-gênero-sexualidade, centrada na heterossexualidade e rigorosamente regulada pelas normas de gênero. Com efeito, há um modelo político de gestão de corpos e desejos que tem por objetivo formar todos para serem heterossexuais: a sexualidade supostamente coerente, superior e natural. Cuida-se, a mais disso, de expressão de “heterossexismo”, que nada mais é do que a

situam as mulheres, os negros e negras e todos aqueles que não se encaixam no padrão cisgênero heterossexual de modo desigual no contrato social, à sua margem (CORRÊA, 2006).

A gravidade dos estados de dominação é tão significativa que basta passar os olhos sobre dados da população para perceber que as mulheres estão em posição de inferioridade social, econômica e política em praticamente todos os países do mundo, sendo que as mulheres negras se situam no ponto mais inferior, já que incide em duas variáveis. Ainda, quanto à homossexualidade e à transexualidade, permanecem considerados crimes e/ou doença em um razoável número de países.

As soluções para este tipo de injustiça passam, portanto, por transformações de valorações culturais e de práticas sociais arcaicas. Para tanto, afigura-se como importante a realização de modificações legais e das práticas que as acompanham, de modo a revalorizar e outorgar reconhecimento positivo aos grupos até então marginalizados.

Os movimentos sociais (ou novos movimentos sociais, conforme se trabalhará nesta tese) têm percebido esta importância do campo do direito e, com isso, vêm utilizando em seu repertório de ação a mobilização do direito. Nessa conjuntura, também inserem dentre as suas pautas demandas direcionadas ao campo do direito penal, seja para criminalizar algumas condutas, seja para descriminalizar outras. É dizer, os movimentos sociais passam a reivindicar a utilização do instrumento penal para a proteção de seus interesses específicos.

Esta tese pretende analisar especificamente a demanda dos movimentos em torno à criminalização dos crimes de discriminação, motivados por preconceito ou, também chamados, crimes de ódio. Afinal, como já se afirmou, grupos sociais permanecem como alvos privilegiados de violências motivadas por preconceitos por serem quem são. E, pior, ao que tudo indica, esta situação está, inclusive, se agravando com o tempo. Quiçá uma reação à própria ampliação no reconhecimento de direitos e da pluralidade social.

Aí advém uma das principais reflexões por trás desta tese: procurar entender se há, afinal, um defensável efeito simbólico e promocional do Direito penal na luta antidiscriminatória. Para enfrentar esta questão, é realizada, para além das reflexões de ordem teórica, uma pesquisa empírica em torno à criminalização do preconceito

---

“promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade” (WELZER-LANG, 2001, p. 467-8).

ou da discriminação no Brasil, de modo a averiguar em que medida essas leis penais decorrem das demandas dos movimentos sociais implicados.

Para tanto, optou-se por delimitar a pesquisa a três movimentos sociais: Feminista, LGBTQ e Negro, os quais se mobilizam em torno ao enfrentamento da violência machista, racista e LGBTQfóbica, respectivamente (e por vezes até concomitantemente). Com isso, serão analisadas as leis que se referem a situações de desigualdade em relação à sexo, gênero, mulher, orientação sexual<sup>3</sup>, identidade de gênero<sup>4</sup> e raça.

A escolha desses movimentos parte da percepção de que são movimentos em diferentes estágios de luta política, o que, conforme será verificado nesta tese, redundará em tratamentos legais distintos para demandas semelhantes. Basta observar que, enquanto o racismo adentra na agenda político-legal brasileira na década de 1950, a violência contra a mulher só ganha protagonismo legal a partir da segunda metade da década de 1980, enquanto a homofobia e transfobia, por sua vez, ainda não lograram atenção legal. Esta comparação é fundamental para a tese, na medida em que se busca, justamente, encontrar a permeabilidade da política legislativo-penal ao discurso produzido no interior dos movimentos sociais. Quer dizer, poder-se-á confirmar ou não se os diferentes tratamentos legais decorrem dos diferentes momentos dos movimentos sociais implicados.

Ainda, sabendo-se que as leis são o resultado de uma correlação de forças políticas em um dado momento histórico da sociedade e considerando-se que os grupos sociais envolvidos em conflitos sociais gerados pelo preconceito (racial, de gênero, contra idoso, homossexual, transexual, etc.) encontram-se à margem do poder político, pretende-se aferir também quais são as forças que desencadeiam essas alterações legislativas. Para tanto, procede-se a uma reconstrução histórica em torno da criminalização do preconceito no Brasil, com inspiração na genealogia histórico-crítica de Michel Foucault, com o objetivo de “traçar as lutas, os

---

<sup>3</sup> Orientação sexual é, nas palavras de Roger Raupp Rios (2001, p. 49), “a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)”.

<sup>4</sup> Identidade de gênero “diz respeito à percepção subjetiva de ser um determinado gênero. Apesar das normas sociais que procuram dividir o mundo entre homens e mulheres, há uma ampla gama de sujeitos que não estão incluídos em tais normas. São múltiplas e variadas as identidades de gênero, inclusive, a própria nomenclatura utilizada na definição de gêneros não normativos é múltipla e variada, podendo depender até do contexto cultural. Pode-se citar, a título de exemplo, as seguintes categorias: trans, transexual, transgênero, multigênero, cisgênero, não-gênero, transeuntes de gênero, travesti, *gender outlaw*, gênero *queer*, transformistas, *crossdressers*, intersexuais” (MASIERO, 2014, p. 26).

deslocamentos e os processos de redefinições a partir dos quais emergiram práticas contemporâneas, e mostrar as condições históricas de existência das quais dependem as práticas atuais” (GARLAND, 2014, p. 84). Afinal, como diria o próprio Foucault (2003, p. 23), a atualidade “foi formatada por complexas lutas e relações de poder: ‘a genealogia restabelece os diversos sistemas de submissão: não a potência antecipadora de um sentido, mas o jogo causal das dominações’”.

Para além dessa problemática de ordem político-legal, a tese também pretende enfrentar a questão da legitimidade da demanda e da própria criminalização dos crimes de ódio. Pergunta-se: afinal, há uma contradição insuperável entre o desejo de concretização de uma sociedade plural e a demanda por Direito penal como estratégia para este fim? É possível afirmar que os atores sociais que demandam a criminalização do preconceito alinham-se a tendências político-criminais populistas punitivistas ou inúteis ou, pelo contrário, pode-se encontrar legitimidade e utilidade em tal política criminal? O direito penal pode exercer papel positivo e com eficácia aceitável no enfrentamento ao preconceito?

Há, enfim, dois grandes objetivos: um de ordem mais teórica e geral, que diz respeito à reflexão a respeito da legitimidade da luta social voltada ao direito (penal) e seu papel para a transformação social; e outra de ordem mais prática e específica ao contexto brasileiro, que diz respeito à análise da política criminal brasileira relacionada ao preconceito e à discriminação em intersecção com os discursos dos movimentos sociais Feminista, Negro e LGBTQ.

Para enfrentar as questões propostas, este trabalho está dividido em duas partes, as quais correspondem aos dois objetivos referidos acima. Assim, a primeira parte é fundamentalmente teórica (ainda que analise dados empíricos), momento em que é desenvolvido o marco teórico da tese; e a segunda, dedica-se à pesquisa em torno da política criminal brasileira.

Em termos teóricos, esta tese se insere na agenda de pesquisa que vem sendo denominada de “mobilização do direito” (*legal mobilization*<sup>5</sup>), a qual busca compreender a complexa relação entre movimentos sociais e direito e que, para tanto, combina os estudos sobre movimentos sociais com os trabalhos do campo

---

<sup>5</sup> “O termo *legal mobilization* admite duas traduções: mobilização ‘legal’ ou mobilização do ‘direito’. A opção aqui pela última deve-se ao sentido mais amplo de ‘direito’ em relação ao de ‘lei’. O direito como fenômeno social não se restringe, ou não se esgota, na sua forma legal que é apenas uma das suas expressões possíveis” (MACIEL, 2011).

sociojurídico. É o que se realiza nesta tese, que combina em sua moldura analítica quatro perspectivas teóricas: (i) as teorias dos movimentos sociais; (ii) o debate teórico desenvolvido pelas pesquisas de mobilização do direito (*legal mobilization*); (iii) as reflexões da teoria crítica do direito (penal); e, (iv) os diagnósticos e as perspectivas de análise de política criminal.

A vantagem de um enfoque como o proposto, que combina distintas vertentes teóricas, está em procurar evitar incorrer em simplificações em torno a algum dos campos cuja relação se pretende analisar: seja o campo dos movimentos sociais, seja o campo do direito (penal). É que, como bem destacou Fabíola Fanti (2017, p. 242), é comum que os “estudiosos dos movimentos sociais, os quais apontam para a natureza complexa e contingente da formação e desenvolvimento desses grupos, tenham uma compreensão do direito como um componente fixo e estático do sistema político”; assim como é comum verificar criminólogos e penalistas concebendo os movimentos sociais como ingênuos, ao demandar por direito (penal), pois supostamente desconheceriam sua realidade, seus efeitos perversos e sua capacidade de cooptação.

Esta tese, pelo contrário, pretende conceber tanto os movimentos sociais, como o campo jurídico-legal, como variáveis complexas e contingentes. Por isso, os três primeiros capítulos dedicam-se a esmiuçá-los.

O primeiro capítulo aborda as teorias dos movimentos sociais, as quais têm desenvolvido conceitos centrais para a compreensão da ação coletiva desde sobretudo a década de 1960 até a atualidade. O objetivo do capítulo é aportar critérios analíticos para o estudo das condições nas quais os movimentos sociais – sobretudo os Feminista, LGBTQ e Negro – passaram a se relacionar com o direito.

Para tanto, o capítulo apresenta o repertório conceitual das principais teorias do campo: com a Teoria da Mobilização dos Recursos, foca-se na dimensão interno-organizativa dos movimentos; com a Teoria do Processo Político, foca-se na dimensão externo-contextual aos movimentos; com a Teoria dos Novos Movimentos Sociais, foca-se na dimensão discursiva dos movimentos; e, com a Teoria do Enquadre (*framing*) e do Enquadre Legal (*legal framing*), foca-se no papel do direito para a ação coletiva.

Apresentado o quadro teórico dos movimentos sociais contemporâneos, este capítulo encerra com os dados das entrevistas realizadas com ativistas dos

movimentos Feminista, LGBTQ e Negro. A fim de situar os movimentos brasileiros no repertório conceitual apresentado.

No segundo capítulo, apresenta-se a linha de investigação da “mobilização do direito”, tanto no que tange a seus conceitos, como no que tange a seus resultados empíricos. Afinal, os conceitos decorrem diretamente dos resultados encontrados no campo.

Seus conceitos são centrais para a análise do uso do direito por parte dos atores sociais tanto para a ação coletiva, como para a mudança social almejada, na medida em que superam a visão dualista tradicional a respeito da intersecção entre os movimentos sociais e o direito. Nesse sentido, esta corrente – assim como esta tese – concebe o ponto de vista dos atores sociais como fundamental para entender também o direito. É que esta corrente concebe ambos – movimentos sociais e direito – “não como fenômenos apartados e independentes, mas sim como elementos da sociedade e do sistema político que estão em constante troca e influência mútua” (FANTI, 2017, p. 243). Nesse sentido, o direito é visto muito mais como um campo discursivo ou uma prática comunicativa, com poder para construir sentidos, do que como um conjunto de regras formais.

A mudança social que interessa particularmente a esta tese é a que está ligada à superação da violência machista, racista e LGBTfóbica. Isto é, insere-se dentro da luta social por igualdade e pela emancipação dos grupos sociais histórico-culturalmente discriminados nas sociedades ocidentais. Daí advém a importância do terceiro e do quarto capítulos.

O terceiro capítulo procura refletir sobre o papel do direito para a emancipação social – em detrimento da dominação – a partir dos aportes da teoria crítica, sobretudo, da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, que se dedicou ao tema em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” (2011; 2012), no contexto de surgimento dos Estados Democráticos de Direito, tal como se pretende ser o brasileiro, assim como de sociedades mais complexas.

A partir desta base teórica, passa-se a analisar a legitimidade específica do direito penal para a emancipação social, isto é, se ele pode atuar de forma positiva e com eficácia aceitável neste intento emancipatório. Tema bastante conflituoso, tendo-se em vista que o direito penal é um campo conflituoso por excelência, na medida em que encerra um dilema fundamental: ao mesmo tempo em que visa a proteger direitos fundamentais, ele viola direitos fundamentais.



Apesar de ser um campo conflituoso, a realidade vem apontando para uma crescente expansão do direito penal. Este diagnóstico é apresentado no quarto, e último, capítulo da primeira parte da tese.

Este capítulo ingressa no campo específico da política criminal, em especial àquela voltada aos crimes de discriminação ou de preconceito, que também vêm sendo chamados de crimes de ódio. Nele são traçados os últimos aportes teóricos necessários para analisar o campo de pesquisa, quer dizer, são delineadas dimensões analíticas necessárias para se avaliar a pertinência de uma dada política criminal, é delimitado o conceito de crimes de ódio e de direito penal antidiscriminatório.

Não se pode descuidar que os crimes de ódio colocam as democracias em situação delicada, pois, ao mesmo tempo em que promovem a negação de valores democráticos – já que propagam preconceito e discriminação – e, portanto, devem ser enfrentados; não se pode exagerar nesta tarefa, sob pena de negar o direito à liberdade de expressão e, em última análise, a própria democracia. Assim que a análise da técnica legislativa em torno a esses crimes é de muita importância, a fim de mantê-los em contornos adequados aos valores democráticos.

É neste capítulo que se delinea a distinção entre “populismo punitivo” e “realismo de esquerda”, sendo que o primeiro representaria uma política criminal irracional e desnecessária; enquanto o segundo, uma política criminal racional, legítima e com efetividade aceitável. Só foi possível proceder a esta diferenciação após o estudo dos diagnósticos e dos modelos de análise de política criminal que têm despontado na doutrina, como o de David Garland (em “*A cultura do controle do crime*”, 2008) e de José Luis Díez Ripollés (em “*Política Criminal en la encrucijada*”, 2015). Além disso, é apresentado o estado da arte deste campo no Brasil, com a referência às pesquisas brasileiras e a seus resultados empíricos.

Ao citar Díez Ripollés, aproveita-se para mencionar que esta autora teve a grande satisfação de fazer seu período-sanduíche sob orientação deste professor catedrático, no Instituto Andaluz Interuniversitário de Criminología, da Universidad de Málaga, na Espanha. O objetivo da pesquisa no “sanduíche” não foi sistematizar dados comparativos; mesmo assim, a fim de otimizar a pesquisa, levantar mais dados e conhecer melhor o ordenamento espanhol, acabou sendo realizada uma pesquisa exploratória sobre a política criminal espanhola em torno aos crimes de ódio, sob orientação de Díez Ripollés. O estágio doutoral foi voltado, enfim, para levantamento

bibliográfico e, sobretudo, discussão das premissas da tese com os professores e professoras de lá.<sup>6</sup> Para além disso, ainda foi possível acompanhar as aulas do Mestrado em Direito Penal e Política Criminal, apresentar um seminário (perante o colegiado de professores e pesquisadores da área na Universidade<sup>7</sup>) e publicar um artigo na publicação do Instituto.<sup>8</sup>

Na segunda parte da tese, é apresentada a pesquisa de reconstrução histórica tanto da atuação político criminal dos movimentos sociais – Negros, Feministas e LGBTQ's – quanto da legislação penal brasileira, no que tange aos crimes motivados por preconceito ou discriminação. De modo a procurar suas eventuais intersecções, as quais são fundamentais, desde o ponto de vista da tese, para aferir a legitimidade e eficácia de dada política criminal.

Esta pesquisa utilizou-se das seguintes técnicas: pesquisa documental direta, por meio do acesso – nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado – às leis que conformam o banco de dados, seus projetos de leis, bem como os documentos produzidos durante sua tramitação; e de entrevistas com representantes dos movimentos sociais; e pesquisa documental indireta, a partir da consulta a outras pesquisas que tinham objetos do interesse desta.

O Banco de dados desta tese é composto, então, pela legislação penal ou com relevância penal que se dedique ao tema do preconceito ou da discriminação e pelos documentos produzidos durante suas tramitações (desde os projetos ou anais aos eventuais substitutivos e requerimentos parlamentares). O período pesquisado vai desde a primeira aparição desta questão no ordenamento brasileiro até final do ano de 2015.

A primeira legislação penal brasileira que trata da questão do preconceito foi sancionada em 3 de julho de 1951, e veio a tornar a discriminação racial uma contravenção penal. Trata-se da Lei nº 1.390/1951, denominada “Lei Afonso Arinos”, em homenagem ao então deputado federal Afonso Arinos de Melo Franco (pela UDN/RJ). Registre-se, desde já, que apesar da popularidade desta denominação, ela

---

<sup>6</sup> Aproveito para mencionar, também, a passagem – durante o período na Espanha – pela Universidad da Coruña, sob orientação do Professor José Ángel Brandariz García, que muito me ajudou na preparação de um seminário com as premissas da tese, a ser apresentado em Málaga.

<sup>7</sup> Com destaque para as Professoras Patricia Lorenzo Copello, Ana Isabel Cerezo Domínguez, Elisa García España, e os Professores Juan Muñoz Sánchez, José Becerra Muñoz e Alberto Daunis Rodríguez.

<sup>8</sup> MASIERO, Clara Moura. “Luchas sociales y política criminal: el caso de la ley brasileña de prevención de la violencia doméstica y familiar contra la mujer”. In: *Boletín Criminológico*. n. 169, marzo-abril/2017. Disponível em: <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/169.pdf>.

não era endossada pelo Movimento Negro da época, o qual preferia encarar esta lei como uma conquista do movimento e não do parlamentar; ainda que, como se verá, a redação não atendeu exatamente à demanda do movimento.

Mas o banco de dados da tese inicia com a Constituição de 1946. Isso porque ela foi citada, na exposição de motivos da Lei nº 1.390/51, como responsável por prever o princípio da igualdade e vedar a distinção entre brasileiros. Assim, identifica-se nesta constituição o documento legal que estabeleceu o ponto de partida para a legislação nacional passar a criminalizar condutas discriminatórias.

Desde 1946 até 2015, foram identificadas 34 leis que tratam desta temática no Brasil, o que representa em torno de 11% das leis aprovadas no período (segundo dados da pesquisa vinculada ao CNJ Acadêmico “Desencarceramento e Sistema Penal”<sup>9</sup>, entre 1940 e 2015, foram aprovadas 320 leis com relevância penal). É uma proporção bastante significativa, já que, em tese sobre as leis penais aprovadas no Brasil entre 1940 e 2009, Gazoto (2010) identificou que o tema mais recorrente representava 14,7% das leis aprovadas. A propósito, este tema dizia respeito, justamente, ao que ele chamou “minorias, racismo, crianças, mulheres, idosos, etc”, portanto dado que se assemelha ao aqui encontrado.

A análise histórica e interseccionada com o contexto político e com a atuação dos movimentos sociais proposta na segunda parte é dividida em três capítulos, os quais representam os períodos políticos pelos quais o Brasil passava no momento da aprovação da lei. Assim, os capítulos representam a República Populista (capítulo 5), a Ditadura Militar (capítulo 6) e a redemocratização (capítulo 7).

Por fim, são apresentadas as conclusões da tese, as quais, como não poderia deixar de ser, levam em consideração a análise do material empírico e o cabedal teórico-científico proporcionado pelas teorias dos movimentos sociais, pela teoria da mobilização do direito, pela teoria crítica do direito (penal) e pelas propostas de análise de política criminal. Intenta-se, em última análise, para além de um diagnóstico, contribuir para a concretização de uma política criminal racional, democrática e, na medida do possível, inclusiva.

Afinal, as respostas dadas pelo Estado para o controle do crime não passam de escolhas políticas, restando aos atores sociais – sejam ativistas de movimentos

---

<sup>9</sup> Coordenada pelo Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS) em parceria com o Grupo Candango de Criminologia (UnB) e o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Criminalidade, Violência e Políticas Públicas de Segurança (UFPE).

sociais, sejam acadêmicos – o maior número de informações qualificadas e embasadas empiricamente, de modo a influenciar para a adoção de políticas criminais democráticas, inclusivas e com aceitável efetividade.

## PARTE I – MARCO TEÓRICO: TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO [PENAL], TEORIA CRÍTICA E POLÍTICA CRIMINAL

Nesta primeira parte, será apresentado o marco teórico que será mobilizado para analisar o objeto de pesquisa desta tese, o qual envolve a complexa relação entre os movimentos sociais e o direito (penal). Isto é, pretende-se analisar o papel do direito – em especial do direito penal – na ação coletiva e para a mudança social, especificamente no campo da criminalização dos crimes de ódio, de preconceito ou de discriminação.

Para dar conta deste objeto, propõe-se a combinação de quatro marcos teóricos: (i) o marco da teoria dos movimentos sociais; (ii) o marco da teoria da mobilização do direito (*legal mobilization*); (iii) o marco da teoria crítica do direito [penal]; e, (iv) o marco analítico das tendências político-criminais dos países ocidentais na contemporaneidade e o debate em torno da legitimidade do direito (penal). Pode-se dizer, portanto, que esta tese adota uma abordagem interdisciplinar que perpassa por três grandes campos do conhecimento, partindo do mais amplo ao mais específico (considerando-se que se trata de uma tese de direito), assim: parte de uma perspectiva sociológica, passa pelo campo da “*law & society*” e culmina com uma perspectiva mais dedicada ao campo do direito (penal) propriamente dito.

O primeiro capítulo aborda as teorias dos movimentos sociais, as quais têm desenvolvido conceitos centrais para a compreensão da ação coletiva desde sobretudo a década de 1960 até a atualidade. O objetivo do capítulo é aportar critérios analíticos para o estudo das condições nas quais os movimentos sociais passaram a se relacionar com o direito. Afinal, o diagnóstico é de que os movimentos não só vêm adotando a linguagem do direito em seus discursos, como têm incluído, dentre seus objetivos principais, a promoção de mudanças legais, dentre as quais as político-criminais. Para confirmar esta hipótese, optou-se por delimitar a tese a três movimentos sociais brasileiros: o Movimento Feminista, o Movimento Negro e o Movimento LGBTQ, os quais se mobilizam em torno ao enfrentamento da violência machista, racista e LGBTQfóbica, respectivamente (e por vezes até concomitantemente).

O segundo capítulo situa a tese no interior do debate teórico em que ela se insere, que é o da agenda de pesquisas que vem sendo denominada de “mobilização

do direito” (*legal mobilization*<sup>10</sup>). Esta agenda de pesquisa tem construído um quadro teórico alternativo para a análise do uso do direito por parte dos atores sociais, na medida em que supera a visão dualista tradicional a respeito da intersecção entre os movimentos sociais o direito, que tende a concebê-los de forma isolada ou fixa. Enfim, os conceitos desenvolvidos neste capítulo são centrais para a avaliação do papel do direito tanto para a ação coletiva, como para a mudança social desejada pelos movimentos que o mobilizam.

A mudança social que interessa particularmente a esta tese é a que está ligada à superação da violência exercida por razão de sexo, gênero, raça, orientação sexual ou identidade de gênero. Isto é, insere-se dentro da luta social por igualdade e pela emancipação dos grupos sociais histórico-culturalmente discriminados nas sociedades ocidentais.

Aí advém a questão que perpassa esta tese, que diz respeito a saber se o direito (penal) pode exercer algum papel positivo neste intento emancipatório. As respostas a esta questão começam a se delinear no segundo capítulo e seguem no terceiro, que trará os aportes da teoria crítica, sobretudo, da teoria discursiva do direito de Jurgen Habermas. A partir da qual, passa-se a refletir sobre a legitimidade do direito penal neste âmbito e seu papel dentro da perspectiva adotada nesta tese.

Por fim, o quarto capítulo ingressa no campo específico da política criminal, em especial àquela voltada aos crimes de discriminação ou de preconceito, que também vêm sendo chamados de crimes de ódio. Nesse ponto, traça-se os últimos aportes teóricos necessários para analisar o campo de pesquisa, quais sejam as dimensões analíticas necessárias para se avaliar a pertinência de uma dada política criminal, os traços característicos dos crimes de ódio e do direito penal antidiscriminatório.

---

<sup>10</sup> “O termo *legal mobilization* admite duas traduções: mobilização ‘legal’ ou mobilização do ‘direito’. A opção aqui pela última deve-se ao sentido mais amplo de ‘direito’ em relação ao de ‘lei’. O direito como fenômeno social não se restringe, ou não se esgota, na sua forma legal que é apenas uma das suas expressões possíveis” (MACIEL, 2011).

## 2 TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: OS ATORES E SUA AÇÃO COLETIVA

Já que esta tese procura analisar o uso do direito pelos movimentos sociais e compreender o papel que ele pode desempenhar nesta empreitada, inicia-se com um capítulo dedicado às teorias dos movimentos sociais. Afinal, como se perceberá no decorrer do capítulo, para entender a mobilização do direito por parte dos movimentos, é necessário compreender desde suas contingências internas (como seus recursos e discursos), até o contexto político mais amplo em que sua ação coletiva se desenrola.

Este capítulo traz os subsídios teóricos que permitem compreender a ação dos movimentos sociais na atualidade. Ele está dividido em cinco subtítulos. O primeiro (2.1) procura definir os movimentos sociais, a partir da conciliação do repertório conceitual produzido no interior das três grandes teorias dos movimentos sociais: a Teoria de Mobilização de Recursos (TMR), a Teoria do Processo Político (TPP) e a Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS).

O segundo tópico (2.2) busca aprofundar-se na perspectiva dos Novos Movimentos Sociais, de modo a destacar a dimensão conceitual – discursiva – dos movimentos, que é onde constrói a intersecção entre eles e o campo do direito. Esta intersecção tem sido estudada pela teoria do enquadre (*framing*), em especial por sua vertente que foca no enquadre legal (*legal framing*). Essas abordagens, centrais para compreender o papel do direito para a ação coletiva, são apresentadas no terceiro subtítulo (2.3).

No quarto (2.4), são apresentados e analisados os dados das entrevistas conduzidas com ativistas dos movimentos sociais estudados nesta tese: feminista, LGBTQ e de negros e negras. De modo a promover a aproximação entre as teorias e a realidade prática e verificar se os conceitos desenvolvidos nos tópicos anteriores são, de fato, pertinentes para se pensar a atuação dos movimentos no Brasil.

Por fim, no quinto e último tópico (1.5), é apresentada uma conclusão parcial do capítulo, encerrando o quadro teórico necessário para esta tese pensar seus problemas, desde o ponto de vista dos movimentos sociais.

## 2.1 As Teorias dos Movimentos Sociais e seu Repertório Conceitual

As teorias dos movimentos sociais nasceram nos anos 1970, para explicar os movimentos que se reorganizaram ou eclodiram na década anterior – como as mobilizações pelos direitos civis nos Estados Unidos e os protestos de 1968 no mundo ocidental. Esses movimentos não podiam mais ser explicados pelas teorias da revolução, já que não buscavam a tomada do poder (revolução política) ou a redistribuição de recursos (como os sindicalismos ou os movimentos classistas ou do proletariado), mas mais bem afirmação da diversidade de estilos de vida e sua democratização (ALONSO, 2009).

Com efeito, esses “novos movimentos” buscam escancarar outras formas de opressão, decorrentes de estigmas criados e sustentados historicamente e, não, necessariamente ou exclusivamente, com a luta de classes (MASIERO, 2014). Os três movimentos sociais que são analisados nesta tese – de negros e negras, feminista e LGBTQ – são movimentos que se inserem nesse paradigma. É verdade que o Movimento Negro existe desde a escravização, mas também é verdade que a partir da década de 1950 este movimento adquiriu novos contornos, sobretudo com a luta pelos direitos civis, tornando-o diferente do movimento das épocas anteriores.

É esse novo momento dos movimentos sociais que interessa a esta tese, sobretudo porque foi a partir daí que o direito passou a ganhar protagonismo no interior da ação coletiva dos mesmos. Nesse sentido, percebe-se que Tilly<sup>11</sup> (1984 *apud* MACIEL, 2015) define os movimentos sociais modernos como as “manifestações públicas em desafio ao Estado movidas pela demanda de ampliação ou de reconhecimento de direitos de parte da população”. É esta intersecção entre movimentos sociais e direito que se pretende examinar nesta tese.

Foram três as famílias de teorias que nasceram para explicar estes movimentos: a Teoria da Mobilização de Recursos (*resource mobilization* – TMR), a Teoria do Processo Político (TPP) e Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS). O objetivo, aqui, não é reconstruir essas teorias, mas tão somente apropriar-se de alguns conceitos produzidos no interior das mesmas, os quais ajudam a compreender a complexidade da ação coletiva.

---

<sup>11</sup> TILLY, Charles. *Social movements and national politics*. State-making and social movements Ed. C. Bright, S. Harding, Ann Arbor: University Michigan Press, 1984.



A Teoria da Mobilização de Recursos definiu os movimentos sociais por analogia com uma firma, focando a ação coletiva como resultado de organização e da presença de recursos materiais (financeiros e de infraestrutura) e humanos (ativistas e apoiadores) (ALONSO, 2009). Esta teoria, portanto, não se propõe a explicar a identidade dos movimentos, estando mais interessada em agregar dados no que tange aos seus recursos (COHEN, 1985).

Já as outras duas teorias, desenvolveram construções macro-históricas, combinando “política e cultura na explicação dos movimentos sociais” (ALONSO, 2009, p. 54), sendo que a Teoria do Processo Político (TPP) investe numa teoria da mobilização política, enquanto a Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS) se alicerça numa teoria da mudança cultural (ALONSO, 2009).

Com efeito, a TPP estuda a influência de fatores externos – particularmente o regime político e a posição dos distintos atores dentro deste – sobre a forma com que os movimentos se organizam, definem suas demandas e estratégias (RUIBAL, 2015). Foi no interior desta teoria que surgiram os importantes conceitos de “estrutura de oportunidades políticas” (EOP) e de “repertório de ação”.

Nos últimos anos, o conceito de EOP “emergiu como o método mais promissor de integrar o surgimento, o progresso e os resultados dos movimentos sociais dentro do contexto social em que operam” (ANDERSEN, 2006, p. 6, tradução da autora). Sobre seu surgimento:

Peter Eisenger coined the term in his study of protest in forty-three American cities. His argument was that the incidence of protest was related to the ability of potential protestors to ‘gain access to power and to manipulate the political system [from within]’ (Eisenger<sup>12</sup> 1973, 25). Likewise, Doug McAdam (1982<sup>13</sup>) found that the rise of black insurgency in the United States in the period from 1930 to 1954 was due in large part to shifting political conditions resulting from greater black urbanization, education, and income levels (ANDERSEN, 2006, p. 6).

As oportunidades políticas dizem respeito às dimensões formais e informais do ambiente político no qual os movimentos se desenvolvem, que podem tanto facilitar

---

<sup>12</sup> EISENGER, Peter K. “The Conditions of Protest Behavior in American Cities”. In: *American Political Science Review*, 67: 11-28, 1973.

<sup>13</sup> MCADAM, Doug. *Political Process and the Development of Black Insurgency, 1930-1970*. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

quanto dificultar a ação coletiva. Não há precisão teórica em torno de que dimensões são essas, em verdade não há como defini-las, porque são múltiplas dimensões.

De qualquer forma, há um consenso geral a respeito da existência de três dimensões na EOP: (i) acesso à estrutura institucional formal do sistema político; (ii) disponibilidade de aliados; e (iii) configuração do poder (ou das elites) em relação às questões relevantes ou desafios dos movimentos. De forma mais detalhada, as três dimensões representam:

[i] as mudanças no estilo de interação entre Estado e sociedade, como repressão, cooptação ou negociação; [ii] o aumento da permeabilidade das instituições políticas e administrativas às demandas sociais; e [iii] a disponibilidade de aliados políticos e sociais para os grupos mobilizados dentre partidos, elites sociais, meios de comunicação, comunidade científica, sindicatos e outros movimentos sociais (MACIEL, 2011, p. 100).

Há uma possível quarta dimensão sob discussão teórica: a cultura política subjacente. Não há consenso em torno de se fatores “culturais” influenciam as oportunidades dos movimentos sociais; e, mesmo dentre os que acreditam que influenciam, há os que argumentam que fatores “culturais” não podem ser encarados como “políticos” (ANDERSEN, 2006).

Enfim, Tarrow (1998) argumenta que quando há mudanças nas EOPs, “se abrem ou se criam novos canais para expressão de reivindicações para grupos sociais”. Quer dizer, a ação coletiva é condicionada pelas estruturas de incentivo e/ou constrangimentos políticos numa determinada época histórica.

Inseridos em um contexto, os movimentos sociais se mobilizam por meio dos chamados “repertórios de ação”. Os repertórios representam um “conjunto limitado de rotinas que são aprendidas, compartilhadas e postas em ação por meio de um processo relativamente deliberado de escolha” (TILLY, 1993<sup>14</sup>, p. 26 *apud* ALONSO, 2009, p. 58). Isto é, trata-se das formas de ação política por meio das quais os movimentos se ligam aos objetos de reivindicação (MCADAM; TARROW; TILLY, 2009).

Os “repertórios de ação” podem ser não-institucionalizados – como os protestos públicos, os comícios, as greves e os boicotes – ou institucionalizados – como os *lobbies*, a *advocacy* e o uso de normas e procedimentos judiciais (MACIEL, 2011). O

---

<sup>14</sup> TILLY, C. 1993. “Contentious repertoires in Great Britain, 1758-1834”. *Social Science History*, n. 17.

fato é que os repertórios disponíveis são sempre exíguos. Em verdade, eles são modulares, isto é, as mesmas formas de ação política são mobilizadas servindo a diferentes atores, lugares e temas (ALONSO, 2009). Ainda,

*performances* diversas, como as barricadas, protestos, petições, publicações e, inclusive, as ações judiciais existem, isoladamente, há bastante tempo. Mas o que as torna *repertório de confronto político* é o fato de estarem relacionadas entre si, em termos práticos e de elaboração mental, compondo reivindicações e lutas políticas (LOSEKANN, 2013, p. 317)

A coordenação do movimento depende, por sua vez, de solidariedade, isto é, da “combinação entre o pertencimento a uma categoria (*catness*) e a densidade das redes interpessoais vinculando os membros dos grupos entre si (*netness*)” (TILLY, 1978, p. 74 *apud* ALONSO, 2009, p. 55). Mas a solidariedade só redundará em mobilização se contar com as “estruturas de mobilização” (ALONSO, 2009). Com isso, pode-se dizer que a mobilização é “o processo pelo qual um grupo cria solidariedade e adquire controle coletivo sobre os recursos necessários para sua ação” (ALONSO, 2009, p. 55). Com isso, percebe-se como as teorias são complementares.

A propósito, a “teoria do enquadre” (*framing*) também ajuda a compreender esse esforço que se dá no interior dos movimentos pela solidariedade/mobilização, na medida em que se dedica a analisar a construção de discursos no interior dos movimentos, desde os que motivem seus membros, até os que construam identidades coletivas e angariem legitimidade pública às suas causas. Enfim, devido à importância desta teoria para a análise da relação entre o direito e os movimentos sociais (sobretudo na sua vertente de “*legal framing*”), ele será abordado em tópico específico (1.3).

Por fim, a TNMS, embora não se constitua em uma escola coesa, possui a especificidade de “produzir uma interpretação efetivamente cultural para os movimentos sociais” (ALONSO, 2009, p. 59). Seus principais teóricos – Alain Touraine, Jürgen Habermas, Alberto Melucci – são críticos da “ortodoxia marxista, mas mantêm o enquadramento macro-histórico e a associação entre mudança social e formas de conflitos” (ALONSO, 2009, p. 59).

Eles partem de um mesmo argumento central, segundo o qual “ao longo do século XX, uma mudança macroestrutural teria alterado a natureza do capitalismo, cujo centro teria deixado de ser a produção industrial e o trabalho” (ALONSO, 2009,

p. 59). Esta mudança teria trazido à tona outras formas de dominação, eminentemente culturais e, com isso, está dando lugar a novas zonas de conflito e novos agentes para as mobilizações coletivas (ALONSO, 2009).

Eles ajudam a compreender, portanto, a especificidade dos movimentos sociais da segunda metade do século XX. Assim, enquanto o movimento operário teria sido a forma típica de conflito da sociedade industrial, após os anos 1960 teria se configurado um novo padrão de sociedade – pós-industrial (TOURAINÉ, 1989), “de massas” (MELUCCI, 1980), “da informação” (MELUCCI, 1996) –, que redundou em novas mobilizações, as quais não partem de uma base social demarcada (classe ou proletariado), mas de grupos marginais em relação aos padrões socioculturais dominantes ou tidos como normais.

Perceba-se que cada uma dessas três teorias dos movimentos sociais enfatizam uma dimensão da ação coletiva, todas fundamentais para a sua compreensão. Enquanto a TMR enfatiza a dimensão organizativa; a TPP, foca-se nos fatores externos ao movimento, sobretudo o contexto político; e a TNMS enfatiza a dimensão interna, discursiva, dos movimentos.

Não são, portanto, teorias que se excluam necessariamente. Pelo contrário, é possível e interessante uma abordagem que as concilie. Nesse sentido, o conceito de movimento social proposto por Mario Diani destaca-se por este intento de abarcar as três dimensões. Segundo ele, os movimentos seriam conformados por “[...] redes de interações informais entre uma pluralidade de indivíduos, grupos e/ou organizações, engajadas em conflitos políticos ou culturais, com base em identidades coletivas compartilhadas” (1992<sup>15</sup>, p. 1 apud ALONSO, 2009, p. 73).

Tendo em vista que a dimensão discursiva é um ponto-chave da intersecção entre os movimentos sociais e o direito, porque é aí que se percebe os movimentos sociais apropriando-se da linguagem do direito, será dada ênfase a esta dimensão nos tópicos que seguem, sobretudo às vicissitudes da TNMS e à emergência da “teoria do enquadre” (*framing*).

Antes de seguir, entretanto, cumpre umas breves palavras a respeito de como século XXI já vem trazendo novas problemáticas para os teóricos dos movimentos sociais que não são resolvidas no interior das três teorias apresentadas. Por exemplo,

---

<sup>15</sup> DIANI, M. 1992. “The concept of social movement”. *The Sociological Review*, vol. 40, n 1.

está havendo uma mudança de escala do ativismo, de nacional a global<sup>16</sup>; além disso, os movimentos estão se profissionalizando e pautas conservadoras têm surgido na arena pública (ALONSO, 2009). De qualquer forma, como esta tese se dedica a analisar os movimentos sociais desde o contexto da segunda metade do século XX, os conceitos produzidos no interior dessas teorias ainda são relevantes para entender sua ação coletiva.

## 2.2 Os Novos Movimentos Sociais e a Questão da Identidade

Como identificado pela TNMS, a partir da segunda metade do século XX, as lutas sociais passaram a incidir, preferencialmente, na dimensão simbólico-cultural das desigualdades. Isto é, seus atores não se definiram mais por uma atividade, o trabalho, ou por uma classe, mas por formas de vida ou mesmo por identidades, como ser negro, negra, homossexual, mulher e transexual, por exemplo.

Nem todos esses movimentos são exatamente “novos”, mas de qualquer forma há novidades em suas formas de organização, de ação e, claro, no próprio cenário político em que a luta social se desenrola. Por isso, quando a literatura dos movimentos sociais se pergunta a respeito de se há algo, de fato, de novo nesses movimentos da segunda metade do século XX, é interessante a reflexão apresentada por Jean L. Cohen, quando diz que:

My presupposition is that the contemporary movements are in some significant respects ‘new’. What I have in mind, above all, is a self-understanding that abandons revolutionary dreams in favor of the idea of structural reform, along with a defense of civil society that does not seek to abolish the autonomous functioning of political and economic systems – in a phrase, self-limiting radicalism (COHEN, 1985, p. 664).

Com efeito, esses “novos movimentos sociais” têm por característica comum o fato de não se organizarem em combate ao Estado, nem com a finalidade de conquistá-lo. São agentes de pressão social, voltados, em última análise, a persuadir a sociedade civil a mudar orientações valorativas (ALONSO, 2009). Ainda, sua luta

---

<sup>16</sup> Por exemplo, “No âmbito internacional, as Conferências Mundiais da ONU, assim como instituições multilaterais, como a OEA/Sistema Interamericano de Direitos Humanos, têm estimulado a formação de coalizões de movimentos sociais e organizações civis em redes transnacionais para influenciar a produção de normas e da jurisprudência internacionais e nacionais, como é o caso do meio ambiente, mulheres, povos indígenas, negros etc” (MACIEL, 2011, p. 99).

social não é voltada tanto para a sobrevivência econômica ou distribuição de bens materiais, mas mais para o reconhecimento de identidades ou a chamada distribuição de bens imateriais. O que não quer dizer que os “velhos” movimentos tenham desaparecido.

Para esclarecer esse novo momento de luta social, Nancy Fraser (1995) descreve a demanda por direitos de reconhecimento da diferença, onde antes se demandava mais por direitos de redistribuição socioeconômica:

La «lucha por el reconocimiento» se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática del conflicto político a finales del siglo XX. Las reivindicaciones del «reconocimiento de la diferencia» estimulan las luchas de grupos que se movilizan bajo la bandera de la nacionalidad, la etnicidad, la «raza», el género y la sexualidad. En estos conflictos «postsocialistas», la identidad de grupo reemplaza al interés de clase como motivo principal de movilización política. La dominación cultural reemplaza a la explotación en tanto injusticia fundamental. Y el reconocimiento cultural reemplaza a la redistribución socioeconómica como remedio contra la injusticia y objetivo de la lucha política (FRASER, 1995).

Esses novos movimentos, pode-se dizer juntamente com Beatriz/Paul Preciado (2007, p. 383), dizem respeito aos ditos sujeitos subalternos, os quais não conseguiam “articular sua própria posição dentro da análise da história do marxismo clássico”. Afinal, o marxismo, limitando-se à categoria de classe, não respondia às demandas decorrentes da opressão em razão de raça, de gênero e de sexualidade, por exemplo as quais, é evidente, também engendram formas de relações sociais opressivas.

Não se pode negar, entretanto, que ainda há desigualdade material (socioeconômica) na maioria dos países do mundo. É o que aponta com preocupação Fraser (1995):

Las luchas por el reconocimiento tienen lugar en un mundo de desigualdades materiales exacerbadas. La desigualdad material va en aumento en la mayoría de los países del mundo, en los Estados Unidos y en Haití, en Suecia y en la India, en Rusia y en Brasil. También está aumentando globalmente, y de forma más acentuada de acuerdo con la línea que divide el norte del sur.

Com efeito, a globalização neoliberal vem acentuando os problemas econômicos e sociais mundiais. Veja-se, como exemplo das contradições dramáticas promovidas – ou, ao menos, possibilitadas – pela globalização neoliberal no mundo, o fato de que: “Enquanto o *Deutsche Bank* estima que seu rendimento, no ano de

2014, foi de 4 bilhões de euros, mais de 1,3 bilhões de pessoas em todo o mundo vivem na pobreza com menos de 1,25 dólares por dia” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 1). Ainda, no contexto europeu, o índice de desemprego, ao final de 2014, alcançava a média de 11,3% e 16% da população, em torno de 80 milhões de pessoas, se encontra em situação de pobreza. Evidentemente, esta situação de precarização massiva, já que decorrente da globalização neoliberal, se estende aos demais continentes do mundo, em especial à América Latina.

Enfim, os movimentos devem se manter atentos à necessidade de redistribuição (redistribuição da renda, reorganização da divisão do trabalho, submissão de investimentos para a tomada democrática de decisões, ou transformação de outras estruturas básicas da economia<sup>17</sup>). Touraine também reconhece que “as demandas econômicas seguem relevantes na América Latina; no entanto, para englobar seus movimentos dentre os ‘novos’, argumenta que haveria aqui uma combinação *sui generis* de demandas materiais e pós-materiais” (Touraine, 1989<sup>18</sup> apud ALONSO, 2009, p. 68).

Em verdade, o que se tem demonstrado é que as diferentes tipologias de direitos humanos tradicionalmente adotadas pelo discurso jurídico (os chamados direitos de primeira, segunda e terceira geração ou direitos liberais, políticos e sociais) são inseparáveis e interdependentes. Isto é, apenas quando unidas, essas dimensões desempenham sua função, qual seja, “possibilitar a auto-constituição dos indivíduos” ou, em outras palavras, assegurar-lhes o “direito fundamental à existência social segura” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 63).

De fato, não é difícil perceber que as soluções distributivas pressupõem as soluções de reconhecimento e vice-versa. Ora, padrões culturais que privilegiam os homens brancos como melhores ou mais capazes, acabarão por privilegiá-los no mercado de trabalho; ou, ainda, a existência de normas heterossexistas, que deslegitimam a homossexualidade, como, por exemplo, as que lhes impossibilita de casar, acabam por negar recursos e benefícios a gays e lésbicas (como pensão ou mesmo direito de herança). O resultado, portanto, é um círculo vicioso de

---

<sup>17</sup> “De acuerdo con la concepción marxiana, dicha reestructuración adquiere la forma radical de la abolición de la estructura de clases como tal. En este sentido, la tarea del proletariado no se reduce a alcanzar un acuerdo más beneficioso, sino que consiste en «abolirse a sí mismo como clase». Lo último que necesita es el reconocimiento de su diferencia. Por el contrario, el único modo de acabar con la injusticia es sacar al proletariado como grupo de tal juego” (FRASER, 1995).

<sup>18</sup> TOURAINE, A. 1989. “Os novos conflitos sociais. Para evitar mal-entendidos”. *Lua Nova*, n.17, junho, p. 5-18.

subordinação, afinal a questão cultural e a econômica interpenetram-se e reforçam-se uma a outra (MASIERO, 2016). Com isso, deve-se conceber, na luta social, ambas as necessidades.

Outro alerta trazido por Nancy Fraser (2010) diz respeito à possibilidade de a luta por reconhecimento da identidade ou da diferença converter-se em separatismo, intolerância ou chauvinismo. Para tanto, ela propõe pensar o modelo de dominação – o qual se pretende combater – enquanto produtor de subordinação de *status* e não propriamente de identidade. De acordo com a autora (2010), considerar o reconhecimento como uma questão de *status* significa:

averiguar os padrões institucionalizados de valor cultural com respeito a seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais modelos instituem atores como pares, capazes de participar no mesmo nível um com o outro na vida social, então podemos falar de reconhecimento recíproco e de igualdade de *status*. Quando, ao contrário, eles instituem alguns atores como inferiores, excluídos, inteiramente outros, ou simplesmente invisíveis — ou seja, como menos do que parceiros integrais em interação social — então podemos falar de não-reconhecimento e subordinação de *status*.

Perceba-se como as próprias instituições democráticas ainda, eventualmente, produzem dominação sobre grupos sociais, diminuindo-lhes o *status* em relação aos demais. É dizer, as instituições sociais, como o direito, ainda regulam as interações sociais conforme normas culturais que discriminam, impedindo a paridade. Conclui-se, portanto, que o não-reconhecimento envolve uma relação institucionalizada de subordinação social.

De fato, exemplos de não-reconhecimento incluem leis relativas ao casamento que excluem uniões homossexuais por concebê-las como ilegítimas e perversas; “políticas de bem-estar social que estigmatizam mães solteiras como aproveitadoras sexualmente irresponsáveis; bem como práticas de patrulhamento, tais como ‘traçar o perfil racial’, que associa pessoas caracterizadas pela raça com criminalidade” (FRASER, 2010).

Como esses exemplos sugerem, o não-reconhecimento pode assumir várias formas. Considere-se, novamente, o caso das leis matrimoniais que negam a paridade de participação a gays e lésbicas, a raiz da injustiça é a institucionalização na lei de um padrão heterossexista de valor cultural que constitui os heterossexuais como normais, e os homossexuais como perversos. Reparar essa injustiça requer, portanto,



a desinstitucionalização daquele padrão de valor e a substituição dele por uma alternativa que promova a paridade.

O que se busca, então, não é, exclusivamente, uma valorização da identidade de grupo, mas antes a superação da subordinação. Assim, “as reivindicações por reconhecimento procuram estabelecer a parte subordinada como um parceiro integral na vida social, capaz de interagir com outros como pares” (FRASER, 2010). Elas objetivam, em outras palavras, desinstitucionalizar padrões de valor cultural que impedem a paridade de participação, bem como repô-los com padrões que a favorecem.

Trata-se, em última análise, de procurar garantir a capacidade de todas as pessoas de participarem como pares na vida social. Com isso, os movimentos têm desempenhado um papel importante para a democratização da sociedade, para além da afirmação de identidades e valores. Até porque, como diz Judith Butler (2017, p. 5) a democracia deve ser um “sistema no qual a intolerância não se transforma em simples tolerância, mas é superada pela afirmação corajosa de nossas diferenças”.

Para se alcançar tal intento, não há um modelo *a priori*, irá depender de cada caso de não-reconhecimento. O fato é que o campo jurídico tem despontado como um local privilegiado de demandas pela tutela por parte desses movimentos, “seja pelo estabelecimento de barreiras a possíveis violações, seja pelo estímulo de políticas públicas voltadas ao reconhecimento de diferenças e à equalização de disparates históricos perpetrados por majorias” (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 26).

Não é só, o direito também está por trás da crise econômica esboçada linhas acima. Ora, conforme Fischer-Lescano e Moller (2017, p. 3) apontam “*Global players* da economia mundial forjam há muito tempo o direito transnacional”, desenvolvendo técnicas refinadas para colocar o direito a seu serviço.<sup>19</sup> Com isso, os autores afirmam que o direito possibilitou e promoveu essa situação de crise, ao oferecer segurança jurídica ao neoliberalismo.

Diante desse quadro, é de se recordar a pergunta desta tese, a respeito de se o direito pode ser um instrumento de emancipação ou se, pelo contrário, demandá-lo significaria submeter-se a um instrumento perverso de dominação. Fischer-Lescano e Moller (2017) vão defender “a importância do direito para bloquear os danos gerados

---

<sup>19</sup> Por exemplo, “Na Organização Mundial do Comércio e no Banco Mundial são instalados fóruns judiciais, nos quais o direito do livre comércio e os direitos dos investidores privados são judicialmente aplicados” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 4).

pelos interesses econômicos transnacionais e para produzir uma justiça global” (VESTENA; GONÇALVES, 2017, p. xiii). Afinal, assim como os *global players* vêm produzindo o direito neoliberal desde a década de 1980, que o direito seja, agora, disputado por novos atores sociais, de modo a fazer surgir um “contra-direito”. É dizer: “Deve-se garantir que a própria sociedade mundial – e não mais os especuladores econômicos e políticos da globalização – definam a ordem social global” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 10).

Enfim, vejamos o que os movimentos sociais têm feito quanto a isso.

### **2.3 A Teoria do Enquadre (*Framing*) e o Uso do Direito (*Legal Framing*) pelos Movimentos Sociais**

Desde o enfoque da TNMS, tem-se pontuado que os movimentos sociais estão especialmente empenhados em promover mudanças culturais para a superação de injustiças simbólicas que atingem historicamente a alguns grupos sociais. Para tanto, cumpre-lhes, por um lado, questionar uma determinada visão da realidade, suas normas e seus significados sociais e; por outro, construir e difundir à sociedade novos valores, novas normas, novos significados sociais, enfim, formas alternativas de interpretação da realidade (CARBALLIDO GONZALEZ, 2007).

Esse processo de criação de significados sociais pelos movimentos sociais tem sido estudado pela teoria do enquadre ou do enquadramento interpretativo (*framing*), a qual vem sendo considerada, ao lado da “mobilização de recursos” e dos “processos de oportunidade política”, como mais uma dinâmica central para a compreensão do caráter e do curso dos movimentos sociais (BENFORD; SNOW, 2000).

Esta teoria utiliza o termo “*frame*”, concebido por Erving Goffman (1974<sup>20</sup>), para explicar o progresso e os efeitos das reivindicações dos movimentos sociais. Goffman o definia como um esquema interpretativo, composto de regras implícitas, que permite localizar, perceber, identificar e rotular aspectos de um evento, de maneira a moldar seus significados e conferir-lhe sentido (ANDERSEN, 2006).

Usado, agora, no campo dos movimentos sociais, o termo denota os quadros interpretativos criados pelos movimentos sociais para simplificar e condensar

---

<sup>20</sup> GOFFMAN, Erving. *Frame Analysis*. Boston: Northeastern University Press, 1974.

aspectos do “mundo exterior”. Ao simplificar determinados aspectos, os movimentos têm em vista mobilizar seus membros, obter apoio de possíveis adeptos e espectadores e desmobilizar os antagonistas (BENFORD; SNOW, 2000).

Isto é, recorrendo à produção de *frames*, os movimentos reduzem a complexidade social a níveis manejáveis pelo indivíduo comum, sinalizando a injustiça de uma dada situação, vinculando-a a símbolos e apresentando-a como um problema que requer mobilização (BENFORD; SNOW, 2000). Em última análise, pretende-se, por meio do processo de enquadre, inspirar os membros efetivos ou potenciais e legitimar publicamente as atividades e campanhas de um determinado movimento social.

Assim sendo, o processo de enquadre denota um fenômeno ativo que implica agência e confronto no nível da construção da realidade (BENFORD; SNOW, 2000). Agência porque o sentido e significado das lutas é produzido pelos próprios movimentos sociais, ainda que eles não estejam isolados e desconectados de outros atores sociais. É claro que estão envolvidos profundamente com a mídia, os governos locais e o Estado. E confronto porque envolve a criação de enquadres interpretativos que não só diferem dos existentes, como os desafia (BENFORD; SNOW, 2000).

Esse processo de enquadre, segundo Benford e Snow (2000), envolve três tarefas principais: o diagnóstico (*diagnostic framing*), o prognóstico (*prognostic framing*) e a motivação (*motivational framing*). Em primeiro lugar, se dá a criação de um marco de diagnóstico, o qual envolve a identificação do problema, das suas causas e de seus eventuais responsáveis. Em segundo lugar, produz-se o marco de prognóstico, o qual envolve a articulação de uma proposta de solução para o problema, ou pelo menos um plano de ataque, bem como as estratégias para a realização do plano (BENFORD; SNOW, 2000). Por fim, o marco motivacional dedica-se a engajar a ação coletiva, por meio da construção de vocabulários apropriados de motivação (BENFORD; SNOW, 2000).

O processo de enquadre destina-se, portanto, a uma dupla função:

Por un lado, los movimientos desarrollan marcos culturales que definen intereses comunes al interior del movimiento, crean vínculos de solidaridad interna y movilizan a sus miembros. Por otro lado, los procesos de encuadre son cruciales para el propósito del movimiento de transformar los términos del debate público en la sociedad en general, e influir en el cambio político y legal (RUIBAL, 2015, p. 182).

Em ambas as funções, o uso da gramática do direito adquire um papel relevante. É que a gramática dos direitos costuma estar permeada por conceitos e princípios compartilhados pela sociedade, por meio dos quais é mais fácil conseguir convencer as pessoas e influir em suas interpretações. Sobretudo se se pensar no conceito de “injustiça”, o qual conta com um forte apelo social, afinal há uma repulsa generalizada à injustiça.

Com isso, o direito funciona como um mecanismo de construção de significados sociais e de ressonância. Nesse sentido, Pedriana (2006<sup>21</sup>, p. 1723 apud HILSON, 2009) argumenta que “a lei é uma instituição central de criação de significado dentro da qual os desafiantes fazem ‘trabalho interpretativo’[...] e socialmente constroem suas queixas, sua identidade e seus objetivos” (tradução da autora).

Nesse contexto, os movimentos sociais vêm adotando crescentemente a linguagem dos direitos em seus marcos interpretativos. O que se dá como uma via de mão-dupla, porque eles também têm apresentado, dentre seus objetivos principais, o desejo de influenciar o campo do direito, seja por meio da criação de novas normas, seja pela reinterpretação das já existentes (RUIBAL, 2015). Afinal,

legal and cultural frames are mutually constitutive: cultural symbols and discourses shape legal understandings just as legal discourses and symbols shape cultural understandings. This is precisely why movements throughout American history have invoked legal norms and practices in their efforts to promote social change and conversely why shifting social norms have often been followed by shifting interpretations of what the law requires (ANDERSEN, 2006, p. 13-14).

Para conseguir as mudanças legais pretendidas, os movimentos sociais devem submeter seus discursos e marcos interpretativos à condição de valor público, o que pode ser feito de várias formas. Como, por exemplo, a partir da articulação de suas demandas de modo que elas se enquadrem em categorias já estabelecidas nas leis constitucionais ou federais ou administrativas ou na jurisprudência, enfim (ANDERSEN, 2006; RUIBAL, 2015). Isto é, “cuando un movimiento intenta cambiar el ordenamiento normativo, debe presentar sus reclamos en la esfera pública como congruentes con los principios constitucionales vigentes y fundamentales para la

---

<sup>21</sup> PEDRIANA, N. 2006. “From Protective to Equal Treatment: Legal Framing Processes and Transformation of the Women’s Movement in the 1960s”. *American Journal of Sociology*. 111(6): 1718-1761.

sociedade” (RUIBAL, 2015, p. 183). E mais, devem ser capazes de definir a ordem legal existente como injusta.

É verdade que “someter los reclamos de un movimiento a la condición del valor público puede no estar en consonancia con los discursos y estrategias de sus sectores más radicales” (RUIBAL, 2015, p. 185). Nesse caso, é natural que haja conflitos e tensões em seu interior. Nunca é demais recordar, quanto a isso, que os movimentos não são entidades monolíticas, pelo contrário, são essencialmente plurais (não é porque compartilham uma identidade que as pessoas passam a pensar igualmente). Assim, por mais que ao longo deste texto seja feita referência aos movimentos no singular, não se estará a desconsiderando a complexidade e a heterogeneidade de tal movimento.

É fato que os movimentos são heterogêneos e suas táticas e repertórios não conseguem ser consensuais tampouco dentre seus próprios membros, isto é, mesmo dentre ativistas que intentam o mesmo fim, há discordâncias quanto à maneira de se chegar lá. De qualquer forma, é inegável que os movimentos têm se utilizado de maneira crescente da gramática do direito e, com isso, emergindo como um poderoso agente de transformação de normas legais e mesmo sociais.

Com efeito, a atuação pela mobilização do direito envolve uma variada gama de táticas, que vão desde o *lobby* no legislativo para a criação de leis, até o litígio e o uso da linguagem do direito por parte dos movimentos sociais, que acabam enquadrando suas demandas dentro de marcos discursivos que incorporam e interpretam conceitos legais (RUIBAL, 2015).

Nesse sentido, é ilustrativo o mapeamento que Hilson (2009) traz do uso do direito pelos movimentos sociais (*legal framing*). Para facilitar a percepção deste fenômeno, ele divide o campo em quatro categorias<sup>22</sup>: (i) substituição de quadros não-legais por quadros legais pelo movimento social; (ii) disputa entre quadros legais e não-legais dentro do mesmo movimento; (iii) disputa entre quadros legais por movimentos sociais opostos; e (iv) disputa entre diferentes quadros legais dentro do mesmo movimento (HILSON, 2009).

---

<sup>22</sup> “These categories or typologies are not in themselves meant to be significant: they are merely a convenient way of presenting and developing a series of case studies of legal framing from the literature” (HILSON, 2009).

Na primeira categoria, o autor traz como exemplo o estudo de Vanhala (2009<sup>23</sup>) sobre o movimento de pessoas com deficiência. Esta pesquisa descreveu como o movimento deixou de utilizar um marco interpretativo (ou enquadre) médico e passou a usar um enquadre social, em que os direitos passaram a ter um papel importante. Com isso, deixaram de abordar a deficiência como um problema da área médica, e rearticularam-na como um problema de ordem social, mais especificamente como uma fonte de discriminação social. Assim, o “problema” deixa de ser da pessoa com deficiência e passa a ser da sociedade, que falhou em comportar/acomodar suficientemente as deficiências das pessoas.

Na segunda categoria, o autor traz o estudo de Smith (2007<sup>24</sup>) sobre a disputa que se dá dentro do Movimento LGBT em torno da questão do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. É que há, no interior do Movimento LGBT, um marco interpretativo – decorrente do movimento e da teoria *queer* – que faz com que seus membros – também homossexuais, lésbicas e transgêneros – percebam de forma negativa a ideia de legalizar o casamento homossexual e se oponham a ela, pois entendem tal medida como uma forma de assimilacionismo das pessoas LGBT às normas patriarcais e heterossexuais que predominam na sociedade. Enquanto outra parte do movimento LGBT, quiçá a dominante, já defenda a necessidade de direitos iguais inscritos na lei, também na questão do casamento, como forma de combate à discriminação.

Na terceira categoria, que descreve a disputa de quadros legais por movimentos opostos, o autor traz como exemplo a disputa em torno à legalização do aborto que se dá entre os movimentos feministas (pró-escolha) e os movimentos pró-vida. Pois, como pontuam Oliver e Johnston (2005<sup>25</sup>) ambos adotam como grande marco interpretativo os direitos civis, sendo que um enfatizando o direito à vida do feto e o outro enfatizando o direito da mulher de fazer suas próprias escolhas reprodutivas.

Na quarta e última categoria, que diz respeito à disputa entre diferentes enquadres legais dentro do mesmo movimento, o autor também utiliza como exemplo

---

<sup>23</sup> Vanhala, L. “Anti-discrimination Policy Actors and their use of Litigation Strategies: The Influence of Identity Politics”. In: *Journal of European Public Policy*, forthcoming.

<sup>24</sup> Smith, M. “Framing Same-sex Marriage in Canada and the United States: Goodridge, Halpern and The National Boundaries of Political Discourse”. In: *Social & Legal Studies*, 16(1), p. 5-26, 2007.

<sup>25</sup> Oliver, P.; Johnston, H. “What a Good Idea! Ideologies and Frames in Social Movement Research”. In: *Frames of Protest*, Hank Johnston and John Noakes eds. Lanham: Rowman and Littlefield, 2005, p. 185-203.

o movimento feminista. Ele se baseia no estudo de Pedriana (2006<sup>26</sup>) a respeito da disputa que se dá no interior do movimento no que tange ao enquadre das leis sobre trabalho da mulher, se deve ter um viés protecionista ou igualitário.<sup>27</sup>

Apesar de todos os movimentos citados como exemplo acima fazerem parte do contexto norte-americano, é possível afirmar que na América Latina e no Brasil, em especial, ocorre fenômeno semelhante. Inclusive, a colombiana Julieta Lemaitre Ripoll (2009, p. 91) traz uma reflexão bastante interessante a respeito da relação ambivalente entre os movimentos sociais e o direito (que ela chama de fetichismo legal), no sentido de que os ativistas, por mais que saibam das limitações do direito como instrumento de transformação social, “talvez melhor do que aqueles que teorizam a respeito”, já que sentem no corpo, ao mesmo tempo, “celebram e gozam com a lei”, que os nomeia como iguais e sua vida como parte da normalidade da nação, isso porque, conclui a autora:

[r]ecusam-se a aceitar que as normas não sejam cumpridas, não porque não entendam as limitações do direito, mas porque escolhem não deixar de indignar-se com seu não cumprimento, não deixar de gozar tampouco com os significados que ele cria. É uma condição que compartilham centenas de milhares, talvez milhões, de colombianos que, em meio às extenuantes violências dos últimos trinta anos decidiram, decidimos, à sombra da Constituição de 1991, não deixar de crer em (e de amar) o direito (RIPOLL, 2009, p. 91).

Por fim, os teóricos da teoria do enquadre – Benford e Snow – alertam para o fato de que o processo de enquadre é dinâmico e contínuo e não ocorre em um vácuo estrutural ou cultural. Em vez disso, esses processos “são afetados por uma série de elementos do contexto sociocultural em que estão incorporados” (BENFORD; SNOW, 2000, p. 628), conforme já alertava a teoria do processo político.

Não é só o contexto político que influencia a ação coletiva. Os teóricos que vêm estudando esta relação entre os movimentos sociais e o direito, apropriaram-se do conceito de “estrutura de oportunidade política” e fizeram surgir um novo fator a ser levado em consideração nessas análises: a estrutura de oportunidade legal (EOL).

<sup>26</sup> Pedriana, N. “From Protective to Equal Treatment: Legal Framing Processes and Transformation of the Women’s Movement in the 1960s”. In: *American Journal of Sociology*, 111(6), p. 1718-1761, 2006.

<sup>27</sup> “From the early 1900s until the early 1960s, the women’s movement had adopted what Pedriana calls a ‘protective’ frame in arguing for protective employment laws specifically for women, designed to shield them ‘from dangerous and unfair working conditions’ (Pedriana 2006: 1719). However, with the, to some extent unexpected insertion of sex discrimination alongside race into Title VII of the 1964 Civil Rights Act (Pedriana 2006), this historical legal frame was confronted by a new ‘equal treatment’ frame” (HILSON, 2009).

Este seria um primo do primeiro e assim como ele possui múltiplas dimensões (ANDERSEN, 2006).

Assim, a EOL alude aos arranjos institucionais e às dinâmicas que se relacionem diretamente com a mobilização do direito. Sobretudo ao arsenal legal que determinada ordem jurídica dispõe. Afinal, como afirma Maciel (2011), as normas também constroem ou incentivam a ação estratégica dos atores, sobretudo aquela voltada ao direito. Nas palavras de Andersen (2006, p. 12): “Movements seeking to effect change within the legal system are likewise constrained by availability of legal stock”.

Não é por outro motivo, inclusive, que se percebe, no contexto brasileiro, um incremento de mobilização do direito por parte dos movimentos sociais em especial após o processo de redemocratização do país, como será possível visualizar na pesquisa apresentada na segunda parte desta tese. Veja-se que para além da abertura política, foi promulgada uma Constituição favorável à mobilização do direito, na medida em que não só expandiu a previsão normativa de direitos (ampliando a moldura dentro da qual as demandas podem ser construídas), como trouxe novos instrumentos processuais (ação civil pública, ADPF, Adin, ADC, *amicus curiae*, audiência pública) para demandá-los, assim como ampliou a gama de legitimados para propô-los.<sup>28</sup>

Mas atenção: “shifts in LOS [*Legal Opportunity Structure*] provide *opportunities* for action, not the action itself. That depends on the ability of social movement actors to recognize and respond to the opportunities presented” (ANDERSEN, 2006, p. 215). Além, claro, dos recursos organizacionais disponíveis no movimento. Quer dizer, a mudança não vem sem luta social.

Só uma abordagem dos movimentos sociais que leve em consideração não só as suas contingências internas (recursos e discursos), como também os fatores externos, como a estrutura de oportunidades e restrições políticas, culturais e, também, legais, é capaz de iluminar tanto as promessas quanto os limites da mobilização do direito, enquanto tática para pela reforma social.

---

<sup>28</sup> “A partir do governo Lula, houve uma abertura pro diálogo, houve criação de políticas públicas. [...] no governo Lula, começa a ter o programa Brasil sem homofobia, as Conferências nacionais (...) muito pela pressão do movimento, que era um aliado do partido. Fortalecimento da relação com o Estado a partir do governo Lula” (Ativista 3).



## 2.4 Movimentos sociais no Brasil e sua Percepção em Relação ao Direito

Para além de uma análise dos movimentos sociais desde a teoria, esta tese procurou entrar em contato com ativistas dos movimentos sociais para conhecer seus pontos de vista a respeito do uso do direito (penal) na luta social e procurar, com isso, não só incorporar seus discursos na tese, como aprender com eles. Até porque quase toda a teoria dos movimentos sociais apresentada neste capítulo remonta a contextos que não especificamente o brasileiro, com o que, mais uma vez, a pertinência de conhecer alguns dos discursos dos movimentos daqui.

Os movimentos sociais pesquisados são três: Movimento LGBTQ, Movimento Feminista e Movimento Negro. Para conhecer seus discursos, esta pesquisa recorreu à realização de entrevistas com ativistas, bem como à participação ativa em atividades que envolviam os movimentos. Como: reunião do Movimento LGBTQ (da Associação da Parada LGBT de São Paulo, sobre a definição do tema da parada no ano de 2018), em congressos do Movimento Feminista (13º Congresso Mundos de Mulheres e Fazendo Gênero 11, com representatividade importante do feminismo negro e do transfeminismo), evento do Movimento Negro (“Gritem-me negra!”<sup>29</sup>) e na Audiência Pública “sobre as providências cabíveis no combate à intolerância política, religiosa, racial e de gênero”, convocada pela Procuradoria Regional da República da 4ª Região, ocorrida no dia 5 de maio de 2016, na sede desta Procuradoria, em Porto Alegre/RS.

Na audiência pública, participaram representantes de instituições, órgãos e entidades da sociedade civil<sup>30</sup>. Destaca-se a seguir as falas dos seguintes movimentos/instituições, que representam um dos três movimentos objeto de análise desta tese: a Rede de Direitos Humanos do Sistema de Justiça e Segurança do Rio Grande do Sul, na pessoa de Jorge Terra; a Secretaria de Direitos Humanos de Porto Alegre, na pessoa do Secretário-adjunto de livre orientação sexual, Márcio Battanoli;

---

<sup>29</sup> “Projeto especial para a semana da Consciência Negra aproveita a efervescência dos debates virtuais sobre realidades e oportunidades das mulheres negras para gerar espaços sensíveis de encontro e conversa sobre temas fundamentais ao combate ao racismo”, disponível em: [https://www.sescsp.org.br/programacao/77259\\_GRITEMME+NEGRA#](https://www.sescsp.org.br/programacao/77259_GRITEMME+NEGRA#).

<sup>30</sup> Coordenadoria das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher no Rio Grande do Sul; AJURIS; Defensoria Pública Federal; Comissão de Diversidade Sexual da OAB/RS; Federação Israelita do Rio Grande do Sul; Frente Parlamentar Migrantes e Refugiados; Secretaria de Direitos Humanos da Prefeitura de Porto Alegre; ONG Engajamundo; Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Conselho do Povo e Terreiro do Estado do Rio Grande do Sul; Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS); Coletivo Feminino Plural e Consórcio Nacional de Redes e Organizações de Movimentos de Mulheres; Secretaria de Direitos Humanos do Rio Grande do Sul; Movimento Negro Unificado; Associação de Promotores Populares Legais do Rio Grande do Sul (APPS)

o Conselho do Povo e Terreiro do Estado do Rio Grande do Sul, na pessoa de seu presidente, Baba Diba; o Coletivo Feminino Plural e Consórcio Nacional de Redes e Organizações de Movimentos de Mulheres, na pessoa de Telia Negrão; e o Movimento Negro Unificado, na pessoa de Gleidson Renato Dias.

Jorge Terra pautou sua fala em dois temas que reputa importantes para o combate à discriminação: a educação e a legislação penal. Quanto à educação, recordou que, desde 2003, a Lei de Diretrizes e Bases para a Educação (art. 26-A) torna obrigatório o estudo da história africana, afro-brasileira e indígena e, apesar disso, pouco se tem implementado nos currículos escolares. Quanto à legislação penal, destacou em tom negativo o índice de 69% de absolvição em crimes de preconceito racial, além da possibilidade de suspensão condicional do processo (haja vista a pena mínima não superar um ano), fato que reforça a sensação de impunidade. Ele advertiu, ainda, que o projeto de Código Penal em discussão no Congresso estaria repetindo este, que ele reputa, problema da legislação, que é a pena mínima prevista de um ano. Nesse sentido, ele apresentou uma sugestão de texto a respeito da tipificação do crime de racismo<sup>31</sup> (sem mais distinção com injúria racial) e uma para o crime de discriminação religiosa<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> “Art. Impedir ou dificultar o exercício de direito, criar desvantagem, gerar ou ampliar desigualdade, negar oportunidade ou ofender em decorrência da cor ou da etnia da vítima. Reclusão de 2 a 5 anos e multa.

§ 1º - Aumenta-se em 1/3 a pena nas seguintes situações:

I. Quando a prática atentar contra determinado grupo de pessoas ou contra determinada etnia em toda sua extensão [então se diferencia quando é individual ou coletiva];

II. Quando o crime for cometido por meio ou em local que gere o maior conhecimento sobre a sua ocorrência;

III. Quando o criminoso for agente político ou público ou ainda quando o crime for levado a efeito em relações de trabalho.

§ 2º - Aumenta-se a metade da pena:

I. Quando a discriminação for efetuada mediante violência ou grave ameaça;

II. Quando houver associação para a prática de racismo em qualquer de suas formas;

§ 3º - Incide nas mesmas penas quem pratica incitação ou apologia referente ao crime ou ao criminoso.

§ 4º - Não geram a extinção da punibilidade a ocorrência de retorção e o fato de o crime ter sido praticado durante discussão ou por provocação da vítima [Jorge Terra informou que essas causas têm sido utilizadas para a concessão de perdão judicial no crime de injúria].

§ 5º - A ação penal será pública, incondicionada em qualquer hipótese”.

<sup>32</sup> “Art. Impedir ou prejudicar o exercício da liberdade de crença e de culto, ofender os praticantes, estimular o preconceito ou incitar a discriminação de religião legal e socialmente aceita. Pena de reclusão de 2 anos.

Parágrafo único: aumenta-se em 1/3 a pena:

I. Se o crime for praticado por meio ou em local que gere o maior conhecimento sobre sua ocorrência;

II. Se o crime for praticado mediante violência ou grave ameaça;

III. Se o agente for sacerdote ou exercer qualquer outra função de comando em religião diferente da professada pela vítima, for agente político ou agente público”.

Márcio Battanoli, autoidentificado como um jovem gay, registrou que, apesar de haver legislação que permita combater a intolerância em relação ao negro e em relação à mulher, a população LGBTQ não se encaixa em nenhuma delas. Ele defendeu, então, a necessidade de uma legislação específica para os casos de LGBTQfobia e o apoio dos movimentos para a aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual, o qual considera um importante avanço aos direitos específicos da população LGBTQ.

Baba Diba iniciou relatando que, quando os terreiros são atacados – por motivos de intolerância religiosa ou qualquer outro –, eles têm muita dificuldade de buscar seus direitos. Ainda, apesar das leis que procuram reprimir discriminação racial ou religiosa:

*“A dificuldade que a gente tem para chegar, por exemplo, na delegacia e tipificar uma ocorrência e que essa ocorrência não seja pessoalizada, e sim uma ocorrência que entenda que está se tratando de uma comunidade tradicional, de um povo de terreiro; não pode ser uma ação individual e sim uma ação coletiva” (Baba Diba).*

Depois, conforme ele relata, quando esta ação chega no judiciário, novamente há total incompreensão também do que está acontecendo, pois tendem a classificar os conflitos como briga de vizinho, por exemplo. Em vista dessa realidade que o Conselho do Povo e Terreiro se formou, conforme narra Baba *“nós construímos um instrumento de representatividade para que, através dele, a gente possa, sim, dialogar com o Estado, que sempre disse que quando se trata de povo de terreiro não tinha a quem se reportar”*. Ele ressaltou que procuraram uma audiência com o Procurador do MPF, em 2015, ocasião em que viviam um grande atentado, representado no PL 21 (que, em defesa dos animais, previa sanções aos terreiros), porque reconhecem a importância do papel do MPF. Inclusive, ele reputa a audiência pública como uma resposta a esta demanda. Segundo ele, o judiciário gaúcho é diferente do resto do Brasil:

*“estamos caminhando, aqui, para um processo de humanização do judiciário e isso é um passo muito importante que a gente espera que o poder judiciário consiga nos enxergar enquanto seres humanos e que tenha humanidade e que não enxergue somente as leis e essa interpretação fria da lei, mas que vejam pessoas” (Baba Diba)*

Por fim, Baba Diba alertou para o que ele chamou de “*grande arcabouço de problemas e condições que nos colocam num campo de vulnerabilidade*”, do qual fazem parte o genocídio da juventude negra, a violência policial e as brigas em torno ao tráfico de drogas. Portanto, ele concluiu, “*é necessária uma ação de todos os órgãos para que a gente possa nos colocar num patamar da igualdade de direitos, o que é muito difícil*”.

Telia Negrão elencou as providências que o Estado brasileiro deve tomar segundo recomendado pela CEDAW: (i) necessidade de preservação do Estado Laico; (ii) Desenvolvimento de políticas públicas para enfrentamento da violência; (iii) a necessidade de educação de gênero, como forma de promover a modificação de padrões culturais; (iv) a ampliação de mecanismos de acesso à justiça para as mulheres e (v) a democratização dos meios de comunicação.

Gleudson Renato Dias ressaltou a importância do movimento negro na denúncia e no combate ao racismo. Ponderou que a discriminação e o ódio estão em voga principalmente em função de três pontos: (i) o aspecto político, na falta de representatividade das minorias no Legislativo; (ii) o aspecto da mídia, na espetacularização a violência; e (iii) nas instituições, que também possuem baixa representatividade de minorias. Como proposta, sugeriu a adoção de câmaras processantes especiais para julgar estabelecimentos comerciais que promovam ações intolerantes (citou o caso do bar Pinguim).

Quanto às entrevistas, a opção foi pela utilização da técnica que os pesquisadores chamam de entrevistas dialogadas, informais ou ativas. Seu objetivo é fornecer aos pesquisadores uma compreensão mais profunda, mais detalhada e mais sistemática da visão de mundo dos entrevistados (MCCANN, 1994).

Claro que a opção por esta técnica de entrevista – como por qualquer outra – traz custos; como, sobretudo, a pequena amostra de entrevistas. Nesta tese, foram realizadas oito entrevistas com pessoas envolvidas na luta dos movimentos sociais identitários de mulheres, LGBT’s e negros, conforme apresentado na Quadro abaixo.

Quadro 1 - Relação das pessoas entrevistadas

|            |   |
|------------|---|
| Ativista 1 | Advogada, militante feminista, membro do grupo assessor da sociedade civil da ONU Mulheres Brasil.                              |
| Ativista 2 | Militante feminista, então secretária de políticas públicas para mulheres da prefeitura de São Paulo (Governo Fernando Haddad). |
| Ativista 3 | Militante lésbico-feminista, da Liga Brasileira de Lésbicas (LBL).  |
| Ativista 4 | Militante de esquerda socialista, transfeminista, coordena o blog e o coletivo “transfeminismo”.                                |

|            |   |
|------------|---|
| Ativista 5 | Então Coordenador de Políticas LGBT da Secretaria de Direitos Humanos da Prefeitura de São Paulo (Governo Fernando Haddad), foi Presidente do Conselho Nacional de Juventude pela ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais), Secretário de Juventude da ABGLT e diretor licenciado da ABGLT |
| Ativista 6 | Então Presidente da Associação da Parada LGBT de São Paulo.   |
| Ativista 7 | Militante do movimento LGBT e do movimento negro. Primeiro negro a ser o primeiro suplente ao Senado.   |
| Ativista 8 | Militante do movimento de mulheres negras. Participante do Grupo de Estudos Atinuké (“ <i>espaço propiciador de questões identitárias e de empoderamento das mulheres negras</i> ”).  |

Fonte: a autora.

Alguns pontos em comum se destacam dessas entrevistas. O primeiro é o da não centralidade da demanda voltada ao direito em geral ou ao penal (criminalização), em especial. Isto é, quando perguntadas sobre a demanda dos respectivos movimentos, nenhuma das pessoas entrevistadas iniciou falando no direito, na necessidade de uma lei ou na necessidade de uma criminalização. Por exemplo, a “ativista 4” destacou, em primeiro lugar, o campo da saúde (como a demanda pela despatologização da identidade trans e pela própria necessidade de acesso à saúde). Já com mais tempo de entrevista, apareceu a pauta dos direitos civis, em especial a questão do nome e dos documentos de identificação. Isto é, o tema dos direitos apareceu, sempre, ao lado de outros, os quais possuíam maior ou igual importância que a demanda legal.

Por outro lado, mesmo as demandas não diretamente legais aportam ao direito, na medida em que, eventualmente, dependem de mudança legal. O próprio tema da educação de gênero e de história africana nas escolas – recorrentes nas entrevistas – está submetido aos Plano da Educação, que são, por sua vez, aprovados nos Poderes Legislativos.<sup>33</sup> Ou mesmo a questão do acesso à saúde das pessoas trans, que está sendo discutida no Congresso no projeto de lei de Identidade de gênero (PL nº 5002/2013<sup>34</sup>). E as pessoas ativistas sabem disso, não por outro motivo incorporam em seus discursos essas leis, como o faz a ativista 8, quando diz que: “a Lei 10.639<sup>35</sup>

<sup>33</sup> “A questão no plano estadual de educação de São Paulo que foi retirado de pauta a questão de gênero, identidade de gênero e orientação sexual, que não abala só a questão LGBT, abala a questão da igualdade de gênero que se lutou durante muitos anos entre homem e mulher, não vai falar sobre isso na escola, então não é só uma questão LGBT, as mulheres também foram excluídas da discussão da igualdade [...] afinal no plano municipal de educação ficou acertado que não vai se falar disso” (“Ativista 6”).

<sup>34</sup> “Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973” (BRASIL, 2013).

<sup>35</sup> “Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática ‘História e Cultura Afro-Brasileira’, e dá outras providências” (BRASIL, 2003).

*tá completando já uma década, já completou uma década, e a gente não vê implementada a história da cultura afro-brasileira”.*

O segundo ponto comum confirma a tese de que os novos movimentos sociais possuem por intenção a modificação da cultura da sociedade – machista, transfóbica e racista. Nesse sentido refletiu a “ativista 2” que o intento do movimento feminista está em “*desconstruir a cultura junto com o regramento da legislação*”.

Este intento de modificação da cultura, segundo as entrevistas apontam, passa mais pela educação do que pela punição. Nesse sentido, por exemplo, a fala da “ativista 4”: “*a transfobia não é algo natural do sujeito, nós aprendemos. Da mesma forma que a gente aprende, por mais que seja difícil, a gente tem que desaprender*”. E da “ativista 8” que diz colocar-se a questão do que fazer para além da punição e conclui que a educação não-racista e não-sexista devem estar no centro do debate. Sobretudo porque, segundo ela reflete, a punição encerra uma saída individual mais do que coletiva, sendo necessário pensar em saídas coletivas.

De qualquer forma, as entrevistas reconhecem a importância dos instrumentos legais. Nesse sentido, a fala do “ativista 6”:

*“Os dois alicerces que pode acabar com qualquer tipo de preconceito: primeiro é a educação, pra formar a nova geração que está vindo, pra não ter esta visão, e o segundo é a lei, que existem pessoas que mesmo que sejam educadas, preparadas para viver numa sociedade em diversidade, elas continuam agindo com preconceito”.*

Com efeito, provocadas a se manifestar sobre o Estado, as instituições e, em especial, o direito (penal), a tônica geral é de que devem ser encarados como aliados. Segundo o “ativista 5”, “*o papel da lei é extremamente importante não só para o movimento como para a sociedade. É importante para a configuração civilizatória da nossa sociedade*”. A “ativista 4” foi além e disse que

*“O Estado tem que ser um aliado e não só da perspectiva das opressões, de dar condições para as pessoas trans acessarem a educação e o emprego, mas também do ponto de vista socialista, de que todas as pessoas têm que ter o direito e a possibilidade de acessar”.*

Quer dizer, percebe-se, aqui, a combinação das demandas identitárias, de reconhecimento, com as de redistribuição, conforme alertado na teoria de Fraser e de Touraine.

*“O artigo 5º da constituição, quando ele diz que todos são iguais perante a lei, isso é uma clausula pétrea e é uma coisa que cria a igualdade, a partir daí você pode reivindicar seus direitos, inclusive falando de Estado laico [...] mas a lei é um papel escrito, primeiro depende de quem vai interpretar e segundo depende de como fazer valer a lei [...] e o direito só socorre quem o busca. O livro não sai correndo atrás do direito de alguém. É a pessoa que tem que correr atrás do direito” (Ativista 6”).*

De uma forma geral, todas as pessoas entrevistadas identificaram os limites do direito e da lei. Nesse sentido, é a fala da “ativista 1”:

*“O direito, assim, é uma relação conflituosa, porque historicamente o direito exclui as mulheres. Os ideais de igualdade e fraternidade, isso nunca foi para as mulheres, isso é para os homens, então é uma negociação difícil de se fazer. Mas eu acredito que o direito está posto e é necessário”.*

Por outro lado, continua a entrevistada:

*“o direito ainda assim não conseguiu pensar em mecanismos [por igualdade], acredito que seja uma maneira interessada também, esse não alcance de mecanismos por igualdade. Existe um jogo de interesses, que as mulheres ainda não alcancem alguns lugares de poder, e o direito de alguma forma legitima essa diferenciação” (Ativista 1).*

Em mesmo sentido é a posição da “ativista 2” quando diz que afirmar que o direito é um aliado na luta “*não é uma resposta fechada, porque o direito tem suas contradições, muitas vezes ele atua para manter o status quo, certo? [...] acho que o problema que a gente enfrenta no direito é a interpretação da lei*”. O “ativista 6” também entrou na questão da interpretação, com uma visão um pouco mais otimista em relação à aplicação do direito:

*“Todos os avanços que vieram, vieram pelo judiciário. Pode não ser um judiciário perfeito, porque é feito de ser humano, aí a gente esbarra. A lei, ela existe, mas ela pode ser interpretada de uma forma mais favorável ou menos favorável por quem está operando o direito, pelo juiz, pelo promotor, enfim, pelo próprio advogado. Então a gente tem um judiciário que avançou nos nossos direitos, foi aí onde nós conseguimos um amparo, mas existe muito mais para se avançar, existem limitações dentro do judiciário, por conta de seres humanos que ocupam lugares dentro do judiciário” (Ativista 6).*

Com relação a esta atuação do judiciário, a “ativista 4” critica que a falta de legislação regulamentando os direitos da população LGBT faz com que esses avanços sejam, em verdade, pontuais e não propriamente estruturais. Assim:

*“nós vemos que na verdade é pontual, não é que não tenham vários casos positivos, os advogados, o que me parece, é que eles constroem um caminho com determinados juízes, constroem um caminho na justiça e seguem este caminho. Não é como se fosse feito o pedido de alteração de nome de qualquer jeito, há uma estratégia e um caminho, é com aquele juiz (...) justamente porque não temos uma lei acontece isso, esses caminhos são exceções, não é a regra (...) os advogados sabem onde vai cair seu processo (...) então eu acho que a gente tem trabalhado com pouca mudança estrutural no direito e muitas coisas pontuais, individuais. As decisões do STF em relação ao casamento civil foi uma coisa positiva, mas aí a gente já vê as contradições, quando se trata de questões como a PEC 241<sup>36</sup> que vai massacrar pessoas, o STF não está a favor do povo. É sempre uma caixinha de surpresa”.*

Quanto aos aspectos positivos da lei (penal), a “ativista 1”, por exemplo, colocou que atualmente os casos de violência contra as mulheres “*têm ficado mais explícitos, porque as mulheres têm reivindicado mais seus direitos*”. Quer dizer, há aí um papel do direito enquanto difusor de conflitos sociais ou, para usar o termo dos movimentos sociais, para dar visibilidade às violências que acontecem.

Perguntadas, enfim, sobre o papel do direito penal, em geral, e da criminalização, em especial, as pessoas entrevistadas não divergiram muito quanto a sua necessidade. Segundo a “ativista 1”, a Lei Maria da Penha é uma lei emblemática, assim como a do feminicídio, pois, diz a entrevistada,

*“Quando o direito dá nome a uma violência, mais do que a questão do direito penal de punir, faz com que essa violência seja percebida, que o Estado entenda isso como errado, isso é importante, é um marco importante de mudança da questão da violência contra as mulheres”.*

A “ativista 2” também fez questão de ressaltar que o direito penal não é só punitivo, como também pedagógico: “*direito penal também é pedagógico, se o direito abraçou uma causa como legítima e regrou, ela ajuda a população a ver que isto é um crime [...] falar que racismo é crime também é pedagógico, não é só punitivo*”.

---

<sup>36</sup> Proposta de Emenda Constitucional que cria um teto para os gastos públicos, promulgada em dezembro de 2016 e transformada Emenda Constitucional nº 95/2016.



Tanto os ativistas “5” quanto o “6” disseram que são favoráveis a uma lei que criminalize a LGBTfobia. O raciocínio do “ativista 6” é de que

*“A posição é de que nós precisamos de uma lei, isso já foi até tema da parada [LGBT<sup>37</sup>] [...] teria que criminalizar, tipificar, os comportamentos que são errados em relação a LGBT, aí você tem amparo, é a mesma coisa do racismo, do machismo. O racismo não acabou, muito menos o machismo, mas como existem leis que amparam tanto o negro quanto a mulher, as pessoas arreduam mais na forma de externar, claro que a gente sabe que não vai conseguir nunca o mundo ideal, nem que conseguira limpar a cabeça de todo ser humano, cada um carrega dentro de si sua diversidade, cada um é um ser único e com suas características próprias, então não podemos pensar que vamos fazer uma sociedade perfeita em que todo mundo vai falar amém a tudo, mas assim a gente tem que ter um amparo mínimo para não acontecer aberrações e o preconceito avançar”.*

Já a “ativista 2” disse que a LBL não tem posicionamento a respeito da necessidade de criminalização da lesbofobia ou da própria LGBTfobia, pois fazem, internamento, o debate da criminologia crítica e se colocam a pensar a quem serve a punição neste Estado, nas condições do sistema carcerário e no próprio sistema de justiça. De qualquer forma, ela não nega a importância deste mecanismo que pode, muitas vezes, segundo ela, ser um recurso pedagógico. Assim: *“não negamos a importância da Lei Maria da Penha, da lei do racismo, é uma ferramenta pedagógica e um avanço político do reconhecimento das especificidades e das identidades”* (“ativista 2”).

Quanto à eficácia do direito penal, a percepção da “ativista 1” é de que:

*“Não só no simbolismo, tem uma questão prática, quando o direito atua, isso muda também a relação das mulheres, elas acreditarem que existe uma lei para proteger elas e esta lei de fato proteger as mulheres de uma forma de evitar que ela seja morta, isso é um efeito prático que a lei tem, mas pensar que a lei tem que ser além disso, a lei também prevê que existe uma rede de proteção as mulheres, e a gente sabe que os Estados não cumprem isso, então pra repensar neste foco de que o estado dá às leis, o foco é sempre na criminalização e não acredito que seja essa a chave de resposta”* (“Ativista 1”).

Quer dizer, como muito repetiram as pessoas entrevistadas “não é só ter uma lei” (“ativista 2”). Os Estados devem se comprometer na implementação de políticas públicas desde a formação dos operadores, até o fornecimento de condições mínimas

---

<sup>37</sup> Cujo slogan era “LGBTfobia tem cura: educação e criminalização”.

de acesso a todos os cidadãos. Veja-se, nesse sentido, a ponderação na fala da “ativista 8”, quando diz que é necessário “*compreender o sistema para refletir em como a gente pode acessar [o sistema] de maneira que a gente não seja violada pela segunda ou pela terceira vez*”.

Por certo, todos esses pontos de vista não representam “o” ponto de vista “do” movimento social com que as pessoas entrevistadas se identificam, até porque, como se sabe, os movimentos são bastante plurais e comportam variados posicionamentos em seu interior. Inclusive, nesse sentido interessante a fala do “ativista 5”, quando perguntado sobre as pautas do Movimento LGBT para enfrentar a questão do preconceito:

*“O Movimento LGBT tem uma composição muito heterogênea em diversos aspectos. É heterogênea do ponto de vista de classe. Então se você pegar o movimento de moradia, do ponto de vista de classe ele está equacionado. Esses movimentos identitários de maneira geral acabam tendo uma composição mais heterogênea do que movimentos que têm uma pauta mais econômica [...] mas tem um outro elemento que é a composição identitária do movimento LGBT, que em alguns aspectos traz demandas mais imediatas de acordo com cada segmento”.*

De qualquer forma, as entrevistas mostram, sobretudo, que o fato de os ativistas adotarem o discurso dos direitos na prática política mais abriu do que fechou os debates, expôs mais do que mascarou as injustiças sistemáticas, agitam mais do que pacificam os descontentes e criaram mais dos que retardaram o desenvolvimento da solidariedade entre os ativistas e aliados.

## **2.5 Conclusões Parciais**

Esta tese incorpora as teorias dos movimentos sociais e seu repertório conceitual para compreender a ação coletiva em geral e a relação entre os movimentos e o campo do direito em particular. As teorias desvendam que a ação coletiva é condicionada por uma série de fatores, que vão desde os recursos internos de que os movimentos dispõem e sua estrutura organizacional; até fatores externos, como a conjuntura e a estrutura de oportunidades políticas de um dado momento, a qual pode facilitar ou dificultar a utilização de diferentes repertórios de ação.

Essa estrutura contextual está cada vez mais complexa, na medida em que oportunidades legais também vêm condicionando a ação coletiva, mostrando que a ordem legal e o poder judiciário configuram-se em campos abertos para serem disputados pelos diferentes atores sociais. O que deve ser encarado como algo estimulante do ponto de vista de uma sociedade que se pretende democrática.

A emergência e o curso da ação coletiva dependem, ainda, da construção de esquemas discursivos e interpretativos (*frames*) no interior dos movimentos, de modo a indicar e definir os problemas sociais que lhes afligem enquanto coletivo, apontar suas causas e propor estratégias de mobilização social e, em última análise, de solução.

Nesse ponto, os movimentos percebem que o uso do direito é uma estratégia à sua disposição que possui uma gramática privilegiada de criação de significados sociais, que pode, então, ajudar-lhes a passar uma mensagem que seja entendida e que sensibilize o maior número possível de pessoas, de modo a motivá-las para a ação coletiva. Ou, pelo menos, para inserir a reivindicação na agenda pública.

Assim, o direito não só é mobilizado para motivação interna do grupo social, apelo social, como também para promover mudanças legais. Quer dizer, os movimentos têm em vista mudanças socioculturais e, eventualmente, para isso, defendem a necessidade de modificação legal e, dentro disso, defendem, inclusive, a criminalização de comportamentos violentos.

Até porque, muitas das injustiças que os movimentos contemporâneos estão dedicados a combater encontram-se institucionalizadas na lei. Com isso, é inevitável a demanda por sua desinstitucionalização, o que passa invariavelmente por uma mudança legal. Ou, ainda, quando se demanda a inclusão na lei de condições que diferenciam as pessoas, para a garantia da igualdade. Afinal, quando a igualdade inscrita na lei é meramente formal, isto é, quando assume que todas as pessoas são iguais, sem reconhecer suas diferenças, ela acaba por criar ou reforçar antigas e novas desigualdades, na medida em que se elege como parâmetro “um sujeito social nada abstrato: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário” (RIOS, 2012, p. 173).

Portanto, requer-se, hoje em dia, que a igualdade formal seja articulada com o reconhecimento de circunstâncias especiais que estão presentes em determinados grupos diferenciados, porque, em certas ocasiões, justamente essas circunstâncias

impedem-nos de exercer seus direitos de forma igual a como exercem os demais indivíduos que não possuem essas especificidades (LÓPEZ PENEDO, 2008).

Com efeito, há grupos sociais que sofrem violências cotidianas em razão de preconceitos histórico-culturalmente construídos em torno a determinadas características pessoais, como em razão de raça, de gênero ou de orientação sexual, por exemplo. Esses grupos, ao se mobilizarem para a concretização de seus direitos, sobretudo o da igualdade, não se satisfazem com a mera normatização — genérica — do direito à igualdade inscrita nos ordenamentos jurídicos de forma universal. Eles reivindicam a reavaliação das identidades denegridas e dos grupos marginalizados socialmente e, também, o reconhecimento e a valoração de maneira positiva da diversidade cultural, dado que a desigualdade real é um obstáculo à sua existência e autodeterminação.

A atuação dos movimentos sociais identitários no Brasil (feminista, LGBTQ e negro) corrobora os achados teóricos. Em geral, a educação desponta, em seus discursos, como o meio principal para a superação da cultura machista, racista e LGBTfóbica. A questão da criminalização do preconceito aparecia, em geral, somente após provocação da entrevistadora; momento em que as pessoas entrevistadas mostraram um discurso bastante ponderado em torno ao direito e à criminalização. Reconhecem as limitações das instituições e da aplicação da lei, mas também percebem que se trata de um campo de luta a ser disputado. Confirmando a hipótese de que os movimentos estão se mobilizando em torno ao direito, seja para a aprovação de novas leis, seja para disputar a interpretação das leis que já existem.

Enfim, os movimentos sociais estão se tornando agentes protagonistas – desde fora das instituições – na criação de discursos, conceitos e interpretações que influenciam tanto a criação de leis, como sua aplicação pelo sistema jurídico (RUIBAL, 2015). Quer dizer, os movimentos sociais estão mobilizando o direito como forma de promover a mudança social.

Essa mobilização pode se dar de várias maneiras, isto é, envolve uma variada gama de táticas (ou repertórios), que vão desde o *lobby* legislativo ou *advocacy*, passando pelo engajamento no debate jurídico, por meio de produção de pareceres, relatórios e pesquisas; até atuação nas cortes, mediante litigância, participação em audiências públicas ou de julgamentos como *amicus curiae*; também, pode se dar por meio de capacitação legal, seja da população em geral, seja dos próprios integrantes do movimento (MACIEL, 2015).

As formas pelas quais o direito é mobilizado e a conveniência desta empreitada para alcançar uma sociedade mais igualitária, são questões aprofundadas a partir do próximo capítulo.

### 3 MOBILIZAÇÃO DO DIREITO: APROXIMAÇÃO TEÓRICO-EMPÍRICA ENTRE A TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E O CAMPO SOCIOJURÍDICO

Visto que os movimentos sociais vêm utilizando, dentro de seu repertório, da gramática do direito como tática para a transformação social, passa-se, neste capítulo, a enfrentar o dilema em torno de se o direito tem potencial para auxiliar nas lutas sociais. Afinal, como pode o direito, um instrumento de controle social e de manutenção do *status quo*, historicamente apropriado pelas classes dominantes e a seu serviço, auxiliar na luta emancipatória, que quer desafiar justamente essas condições opressivas da sociedade?

Esta é uma questão que perpassa toda a tese e que será enfrentada a partir do marco teórico desenvolvido no interior do campo da “*law & society*”, denominado “mobilização do direito” [*legal mobilization* (ZEMANS, 1983; MCCANN, 1994) ou *collective legal mobilization* (SCHEINGOLD, 2004)]. Este quadro teórico decorre de uma agenda de pesquisas (em geral, empíricas), que tem por objetivo analisar a mobilização do direito pelos movimentos sociais para além das concepções convencionais sobre o tema, as quais tendem a encarar o fenômeno de forma simplória (seja porque entendem que o direito é sempre um instrumento de dominação e de cooptação, seja porque simplificam a atuação dos movimentos sociais) e irrealista (porque, diante deste contexto, limitam-se a propor a desjuridificação).

Com efeito, em artigo seminal a respeito do tema, Frances Kahn Zeman (1983) utilizou a expressão “*legal mobilization*” para contestar as visões convencionais do direito na ciência política norte-americana, que o concebem unicamente como legitimação formal do poder governamental ou como mecanismo de controle social (MACIEL, 2011). Para Zeman (1983), esta é uma visão reducionista do direito, que toma a lei como algo unidirecional (do Estado para as pessoas) e que separa o direito e a política, deixando inexplorada uma importante área de interação entre os cidadãos e o Estado. Área, esta, que é explorada pelas investigações que se inserem no marco da “mobilização do direito”, conforme será explorado neste capítulo.

A propósito, o conceito mais recorrente para “mobilização do direito” advém deste artigo de Zeman. Segundo ela, trata-se de uma forma de atuação política pela qual os cidadãos articulam suas aspirações e reivindicações através do discurso dos

direitos.<sup>38</sup> A visão de Zemans sobre a pertinência deste processo e sua concepção do direito será aprofundada no decorrer deste capítulo.

Outro autor importante deste campo, Michael McCann (1994), também inicia sua publicação sobre o tema colocando-se em contraposição à maioria dos pesquisadores do campo (mesmo os críticos<sup>39</sup>), os quais têm sido bastante céticos a respeito do valor do direito para empoderar os marginalizados e até mesmo as pessoas em geral.<sup>40</sup> McCann (1994) contrapõe-se a esta visão cética sobretudo porque, segundo ele explicita, o argumento dos críticos – de que o direito é um mito que serve para legitimar a dominação<sup>41</sup> – não vai ao encontro dos resultados da sua pesquisa empírica sobre o tema. Pesquisa, esta, que lhe permitiu construir um quadro teórico para analisar o fenômeno da mobilização do direito por parte dos movimentos sociais, conforme ainda será apresentado neste capítulo.

Pretende-se, com este capítulo, enfim, apresentar os caminhos e os desenvolvimentos dos principais autores e das principais ideias e ferramentas analíticas elaboradas no contexto do quadro teórico da “mobilização do direito”, o qual propicia uma moldura analítica alternativa para a investigação do uso do direito pelos movimentos sociais e do que esperar dele em termos de transformação social. Para tanto, o capítulo está dividido em cinco partes.

A primeira (3.1) apresenta os antecedentes teóricos em torno à reflexão da mobilização do direito, com foco no livro de Stuart A. Scheingold (1974, 2004): “*The Politics of Rights: lawyers, public policy and political change*”. A partir deste antecedente teórico, os pesquisadores do campo sociojurídico passaram a produzir pesquisas empíricas, sobretudo no contexto norte-americano, e consolidaram, nos anos 1990, a agenda de pesquisas da “mobilização do direito”, com a demonstração da utilidade dos direitos para as lutas sociais (tanto para ação coletiva, como para a transformação social). O quadro analítico formado por essa agenda de pesquisas será apresentado no segundo subtítulo (3.2).

---

<sup>38</sup> Nas palavras da autora: “The law is [...] mobilized when a desire or want is translated into a demand as an assertion of rights” (ZEMANS, 1983, p. 700).

<sup>39</sup> “By critical I generally refer to left-oriented scholars who condemn hierarchical class, race, gender (among other) relations in modern society” (MCCANN, 1994, p. 288).

<sup>40</sup> “By and large, the tenor of most such scholarship has been quite skeptical about the value of law empowering marginalizes and even ordinary citizens” (MCCANN, 1994, p. ix).

<sup>41</sup> “Most of this critical legal scholarship has been grounded in at least one of two intellectual traditions – those of neo-realism and structuralism (...) Neo-realist critics tend to emphasize how law tends to be an ineffective resource for reformers, while structuralists emphasize how law actually impedes the very expression of defiant collective action itself” (MCCANN, 1994, p. 288-9).

No terceiro subtítulo (3.3), serão apresentados, especificamente, os resultados empíricos e as conclusões de Mccann (1994), concebido como o principal autor desta tradição. Já no quarto subtítulo (3.4) será apresentado o estado da arte desta concepção teórico-empírica no contexto das pesquisas brasileiras. Por fim, na quinta e última parte (3.5), serão apresentadas as conclusões parciais do capítulo.

### 3.1. Reconsiderando o Mito dos Direitos: A Relevância Política dos Direitos

O debate em torno da mobilização do direito remonta a meados da década de 1950, nos Estados Unidos da América (EUA), impulsionado pelo caso *Brown vs. Board of Education*<sup>42</sup> (1954-1955), em que uma organização fundada em 1909, que lutava pela igualdade racial – a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) – recorreu à Suprema Corte norte-americana, para tentar progredir na superação da discriminação legalmente sancionada. Ocasão em que foi julgada a inconstitucionalidade da segregação entre brancos e negros nas escolas deste país.<sup>43</sup>

O caso trouxe ao debate sociojurídico norte-americano análises sobre o papel do direito e dos tribunais para a luta social e para provocar mudanças políticas e sociais. Os primeiros trabalhos focavam somente na atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), que mudava seu entendimento, ao promover a “garantia de direitos civis e liberdades individuais no contexto de segregação racial naquele país” (FANTI, 2016, p. 18). Com isso, tais explicações – convencionais – acabavam atribuindo a então chamada “revolução dos direitos” [*rights revolution*] (EPP, 1998)] à atuação de lideranças judiciais ativistas (EPP, 1998).

Quer dizer, uma explicação parcial, já que não inseriam em seu foco de análise os atores sociais envolvidos nas demandas levadas ao direito, ou melhor, às cortes.

---

<sup>42</sup> “The case that came to be known as *Brown v. Board of Education* was actually the name given to five separate cases that were heard by the U.S. Supreme Court concerning the issue of segregation in public schools. These cases were *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Boiling v. Sharpe*, and *Gebhart v. Ethel*. While the facts of each case are different, the main issue in each was the constitutionality of state-sponsored segregation in public schools”. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em 12 de nov. 2017.

<sup>43</sup> “The decision, moreover, was part of a much larger transformation in which the Supreme Court, for the first time in its history, began deciding and supporting individual rights claims in a sustained way. As late as the mid-thirties, less than 10 percent of the Court’s decisions involved individual rights other than property rights” (EPP, 1998, p. 1-2).



Este tipo de análise – convencional – é realizado de cima para baixo (*top-down approach*) e tende a reduzir o direito àquilo que as cortes dizem que ele é, negligenciando seu caráter estratégico-político e “as formas sutis, mas significativas, por meio das quais o direito molda o cenário estratégico dentro do qual as pessoas se relacionam” (MCCANN, 1994). Tal concepção, ainda,

Tends to disregard the designs and aspirations of target populations who mobilize the law in their struggles for change. Without directly examining those various meanings, tactics, and goals – i.e., the legal consciousness – of activists themselves, it is rather presumptuous to judge the relative effectiveness of their actions (MCCANN, 1994, p. 292).

Foi a partir da década de 1970 que começaram a aparecer estudos alternativos, que focavam não mais exclusivamente no direito ou nas cortes, mas sobretudo nos agentes sociais que o mobilizavam. Isto é, uma análise realizada de baixo para cima (*bottom-up*).

Costuma-se identificar a obra *The Politics of Rights: lawyers, public policy, and political change*, do pesquisador em direito e sociedade (*law and society*) Stuart A. Scheingold, publicada em 1974 (e, em segunda edição, em 2004), como o ponto de virada nos estudos sobre direito nos EUA neste sentido.

O livro foi concebido no final dos anos 1960, quando Scheingold teve um *insight*. Ele estava palestrando sobre direitos e liberdades constitucionais, na Universidade de Wisconsin (EUA), enquanto, no lado de fora, tropas da Guarda Nacional jogavam gás lacrimogênio para dispersar estudantes que protestavam por direitos (FEELEY, 2004). Essa situação fez com que Scheingold repensasse a compreensão convencional a respeito dos direitos e passasse a explorar o que ele chamou de “política dos direitos”.

A virada teórica procedida por Scheingold consistiu em substituir seu foco de análise, que antes estava nas palavras da constituição ou das cortes, para as mentes dos protestantes (FEELEY, 2004). Esta, de fato, vem a ser uma característica dos estudos que se seguiram em torno da mobilização do direito: concebem o ponto de vista dos agentes sociais também como central.

De fato, este autor demarcou “um novo território de pesquisa, ocupado em geral por estudiosos de ‘esquerda’, que busca entender a relação entre estratégias jurídicas

e movimentos sociais” (PARIS<sup>44</sup>, 2010, p. 13-14 apud FANTI, 2016, p. 37). Tanto que, com a consolidação do marco da “mobilização do direito”, na década de 1990, os pesquisadores passaram a identificar a virada da atuação da Suprema Corte como decorrente da pressão exercida desde baixo (e não mais do ativismo judicial), a partir do aumento de consciência em torno aos direitos (“*rights consciousness*”) na cultura popular (EPP, 1998).

O importante *insight* de Scheingold mencionado acima, a partir do qual o livro se desenvolve, está neste trecho:

The law is real, but it is also a figment of our imaginations. Like all fundamental social institutions it casts a shadow of popular belief that may ultimately be more significant, albeit more difficult to comprehend, than the authorities, the rules, and penalties that we ordinarily associate with law (SCHEINGOLD, 1974, 2004, p. 3).

Ora, Scheingold traça a distinção entre o que ele chama de duas realidades do direito: uma que é mais familiar e que representa a existência concreta do direito, em que ele aparece como regras formais e instituições oficiais; e outra, mais evasiva, que é a vida simbólica ou ideológica do direito, já que toma forma na mente dos cidadãos.<sup>45</sup>

Segundo o autor, para compreender a importância do direito, não é suficiente considerá-lo somente concretamente, deve-se entendê-lo em conexão com os padrões de crença evocados pelos símbolos legais. E conclui: “In its symbolic form, the law shapes the context in which American politics is conducted” (SCHEINGOLD, 2004, p. xlvix).

A partir disso, ele contrapõe duas formas de entender a relação entre direito, política e mudança social: o “mito do direito”, em que ele explora as características simbólica e ideológica do direito; e a “política do direitos”, em que ele reconsidera o mito e concebe o direito como um recurso político contingente que pode funcionar como catalizador tanto para a mobilização política como para a própria mudança social.

---

<sup>44</sup> PARIS, M. *Framing equal opportunity: law and the politics of school finance reform*. Stanford: Stanford Law Books, 2010.

<sup>45</sup> “Law in the United States has two realities. In its familiar form, the law is palpable; it appears as formal rules, official institutions, and the like. The ideological existence of the law is more elusive; it takes shape in the mind, and is a reflection of and a reaction to the law’s more palpable presence. The political presence of the law is to be found in the interaction between these separate realities” (SCHEINGOLD, 2004, p. 203).

O mito dos direitos estaria, portanto, “relacionado a crenças sobre moralidade e direito, e mais especificamente a crenças ligadas ao constitucionalismo estadunidense, à lei e à política nos Estados Unidos, às cortes e à dinâmica casual de mudança social” (FANTI, 2016, p. 38). Mesmo que o autor critique a crença de que os direitos seriam diretamente empoderadores ou transformadores<sup>46</sup> – ao conceber como um mito –, ele afirma que há uma poderosa influência, ainda que indireta, do simbolismo do direito na sociedade<sup>47</sup> (SCHEINGOLD, 1974, 2004). Sobretudo da Constituição, que traz direitos gerais, abstratos e simbólicos, a serem mobilizados pelas pessoas, que, de fato, tendem a concebê-los como equivalentes à justiça social.

Quer dizer, mesmo as propriedades míticas e ideológicas dos direitos possuem capacidade constitutiva na prática social. “Legal values conditions perceptions, establish role expectations, provide standards of legitimacy, and account for the institutional patterns of American politics” (SCHEINGOLD, 2004, p. xlvi).

Com isso, ele chega à segunda perspectiva: da política dos direitos, a qual proporciona uma nova perspectiva sobre a utilidade política dos direitos legais. Isto é, ele acredita que o direito seja um recurso útil para a ação política dos movimentos sociais e para a mudança social. Inclusive, ele reconheceria que “certas formas de atividade política só seriam possíveis graças à presença dos direitos na sociedade estadunidense” (FANTI, 2017, p. 247).

Scheingold acredita que o direito e as cortes podem ajudar os agentes sociais a legitimar suas demandas e a catalisar a organização de grupos relativamente sem poder (FANTI, 2016).<sup>48</sup> De qualquer forma, ele alerta para o fato de que o direito deve ser encarado como um instrumento auxiliar – subsidiário – na ação política mais ampla dos movimentos. Nesse sentido, ele exemplifica seu ponto de vista:

The civil rights experience provides the clearest demonstration that legal tactics – even with reluctant legal leaders – can release energies capable of initiating and nurturing a political movement. But clearly

---

<sup>46</sup> “The *myth of rights* is (...) premised on a direct linking of litigation, rights, and remedies with social change” (SCHEINGOLD, 1974, 2004, p. 5).

<sup>47</sup> “What I shall argue is that the influence of legal symbols is indirect but powerful” (SCHEINGOLD, 2004, p. xlvi).

<sup>48</sup> “Rights are employed as mobilizing catalysts. They provide credible goals, cue expectations, and enhance self-images. In thus instilling a sense of purpose, feelings of legal competence, and perceptions of political efficacy, an emphasis on rights lays the foundation for effective political organization” (SCHEINGOLD, 1974, 2004, p. 214).

legal tactics are only part of the story of the civil rights coalition and the rebirth of black politics (SCHEINGOLD, 1974, 2004, p. 211).

Isto é, para Scheingold, o direito será uma arma tanto mais importante, quanto mais os agentes sociais se tornarem conscientes das limitações das estratégias jurídicas tomadas isoladamente e do potencial de outras formas de atuação política (FANTI, 2017). Nas suas palavras: “The courts are only one of a number of authoritative agencies that articulate goals for the polity” (SCHEINGOLD, 1974, 2004, p. 7).

Scheingold, portanto, repensou a compreensão convencional dos direitos ao combinar duas perspectivas em sua análise: a capacidade constitutiva do mito dos direitos e a utilidade política dos direitos. Quer dizer, ele não concebe mais o direito como mero reflexo das práticas sociais, mas também como constitutivo das mesmas.

Law is understood as ‘a continuous part of social practice’, meaning that, ‘first, law is *internal* to the constitution of those practices, linked by meaning to the affairs it controls; [and] second, and correlatively, law largely influences modes of thought rather than conduct in any specific case. Law enters social practice and is, indeed, imbricated in them, by shaping consciousness, by making law’s concepts and commands seem, if not invisible, then perfectly natural and benign (Sarat and Kearns<sup>49</sup>, 1993, p. 31 apud SCHEINGOLD, 2004, p. xxii).

O autor acertou quando disse, no prefácio da primeira edição, que seu livro deveria ser encarado como um ponto de partida de uma nova perspectiva de relacionar os estudos entre direito e política e entre movimentos sociais e mobilização do direito. De fato, pesquisas sobre mobilização política coletiva – sobretudo empíricas – se desenvolveram a partir deste marco e vieram a corroborar algumas de suas premissas, como se passa a analisar a seguir.

### **3.2 Mobilização do Direito e Luta Política: Aproximações Teóricas**

A partir dos anos 1990, intensificou-se o debate acadêmico em torno à eventual eficácia das estratégias legais dos movimentos sociais para promover mudanças culturais na sociedade, vindo a consolidar o marco analítico da “mobilização do direito”

---

<sup>49</sup> SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. “Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life”. In: *Law in Everyday Life*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 21-62, 1993.

(*legal mobilization*). Como já se adiantou acima, trata-se de um marco analítico alternativo, na medida em que busca superar a visão convencional – dualista – a respeito da intersecção entre movimentos sociais e o direito, que concebe cada uma dessas variantes de forma fixa e isolada e que, conseqüentemente, mantém uma posição cética e pessimista em relação à conveniência desta empreitada (FANTI, 2017).

O ponto de partida para a construção deste quadro teórico está na definição do termo oferecida por Frances Zemans (1983). De maneira geral e ampla, o termo é usado para descrever o processo por meio do qual normas legais são invocadas para regular conflitos e comportamentos (ZEMANS, 1983). Isto é, indica a ação de indivíduos, grupos ou organizações de articular suas demandas políticas por meio do discurso dos direitos, de modo que “interesses, valores e demandas são traduzidos como questão de direitos” (MACIEL, 2011, p. 99).

Assim, a mobilização do direito pode se dar de variadas formas: desde táticas que exigem mais recursos organizacionais, como o *lobby* no Poder Legislativo, com o intuito de criar ou reformar leis; ou o próprio litígio no Poder Judiciário; até atividades que necessitam de menos recursos e voltadas para a sociedade ou grupos sociais, como as de educação jurídica ou o próprio uso da linguagem dos direitos por parte dos movimentos sociais e o enquadre de suas reivindicações em marcos discursivos que incorporam e interpretam conceitos legais (FANTI, 2016; MCCANN, 1994). Enfim, a mobilização do direito não se dá apenas dentro dos tribunais. Pelo contrário, trata-se de uma atuação política mais ampla que se difunde por todo o plano social e que pode trazer mudanças sem ter que sequer ingressar nos tribunais. Conseqüentemente, a análise de sua eficácia não pode depender de investigações isoladas das decisões dos tribunais.

Nesse contexto, foram desenvolvidas pesquisas empíricas com o objetivo de revelar como, por que, e com que extensão a mobilização do direito por movimentos sociais pode ser bem-sucedida, cujos resultados vem a compor o quadro analítico da “mobilização do direito”. Na literatura estadunidense, destacam-se as seguintes pesquisas, referidas pelo próprio Scheingold (2004) na segunda edição de seu livro: de McCann (1994), sobre a mobilização das mulheres por equiparação salarial; de Goldberg-Hiller (2003), sobre o movimento LGBT e a regulamentação do casamento

civil entre pessoas do mesmo sexo; de Olson (1984<sup>50</sup>), sobre o movimento de pessoas com deficiência; e de Silverstein (1996<sup>51</sup>), sobre o movimento em defesa dos direitos de animais.

Essa agenda de pesquisa possui alguns traços em comum, os quais permitem que a concebamos como um quadro analítico alternativo para a análise do papel do direito na luta política, como se destacará neste tópico.

Em primeiro lugar, assim como seu antecedente Scheingold (2004, 1974), adotam uma abordagem *bottom-up* (ou de baixo para cima) para a análise do uso do direito. Isto significa que o foco de investigação é deslocado dos tribunais e das instituições jurídicas para os agentes e movimentos sociais (FANTI, 2016).

Como decorrência desta primeira característica, tem-se a segunda, que consiste em compreender as estratégias jurídicas como apenas uma parte das reivindicações dos movimentos sociais; que, são, em verdade, multidimensionais (FANTI, 2016). É que, ao estudarem os movimentos, percebem suas complexidades e contingências e não incorrem nos reducionismos ou simplificações em torno à sua atuação.

A terceira característica desta agenda de pesquisa está na sua compreensão (culturalista) do direito. Segundo esta compreensão, o direito – para além de um conjunto de regras formais – conforma um sistema de significados culturais e simbólicos, que afeta as pessoas em primeiro lugar, ao comunicar ameaças, promessas, modelos, legitimidades, estigmas, etc. (MCCANN, 1994).

Such a perspective differs from conventional views of law as determinate rules or norms that citizens simply learn to obey and follow. Rather, law is understood to consist of a complex repertoire of discursive strategies and symbolic frameworks that structure ongoing social intercourse and meaning-making activity among citizens. In this sense, legal discourses provide some of our most powerful cultural resources for (...) 'imagining the real'. Such legal conventions (...) are inherently indeterminate, pluralistic, and contingent in actual social practice (MCCANN, 1994, p. 282).

O direito é, então, entendido como um conjunto de sentidos que media as interações e práticas sociais e é constituído por meio delas. Tem-se, com isso, uma

---

<sup>50</sup> OLSON, Susan M. *Clients and Lawyers: Securing Rights of Disabled Persons*. Westport, Conn: Greenwood Press, 1984.

<sup>51</sup> SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing Rights: Law, Meaning, and the Animal Rights Movement*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1996.

visão mais ampla do direito, que o concebe também como “prática social”, “prática comunicativa” ou “prática discursiva”, com poder intersubjetivo de criação de sentidos e significados a respeito dos fenômenos sociais.<sup>52</sup>

O próprio Scheingold (2004) admitiu que a compreensão do direito desenvolvida por estas pesquisas é muito mais complexa e fluida do que ele mesmo previu na primeira edição do livro *“The politics of rights”*<sup>53</sup>. Nesse sentido, ele cita, para ilustrar, a concepção de direito de Austin Sarat e Thomas Kearns:

Law is understood as ‘a continuous part of social practice’, meaning that, ‘first, law is *internal* to the constitution of those practices, linked by meaning to the affairs it controls; [and] second, and correlatively, law largely influences modes of thought rather than conduct in any specific case. Law enters social practice and is, indeed, imbricated in them, by shaping consciousness, by making law’s concepts and commands seem, if not invisible, then perfectly natural and benign (SARAT; KEARNS, 1993<sup>54</sup>, p. 31 *apud* SCHEINGOLD, 2004, p. xxii).

Enfim, o direito é concebido como um elemento constitutivo da vida social e, também, constituído por ela.

Legal meaning is constituted by and in state institutions during the process of drafting, interpreting and enforcing specific laws. Various players influence these official processes... [and thus] legal meanings becomes constitutive of society and it permeates, informs and structures the social realm... [but] people do not simply absorb legal meaning into their consciousness. Incorporating legal meaning ... involves reconstruction... Hence, just as legal meaning constitutes individual and social identity, so too does individual and social identity constitute legal meaning (SILVERSTEIN<sup>55</sup>, 1996, p. 9 *apud* SCHEINGOLD, 2004, p. xxviii).

Com efeito, essas pesquisas revelam, em geral, que os movimentos sociais querem, sobretudo, se utilizar desse poder constitutivo do direito de produzir significados. Quer dizer, dá-se uma relação interativa entre direito e movimentos

---

<sup>52</sup> “This does not mean that law is simply a set of abstract concepts informing our attitudes and preferences. Rather, legal discourses are viewed more fundamentally as constitutive of practical interactions among citizens. As such, legal conventions provide some of the most important ‘strategies of action’ through which citizens routinely negotiate social relationships” (MCCANN, 1994, p. 6).

<sup>53</sup> “The result is a vastly more complex and fluid understanding of rights than I envisaged, and it leads to a more conditional and problematic understanding of the nature and the possibilities of the politics of rights” (SCHEINGOLD, 2004, p. xxiii).

<sup>54</sup> SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. “Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life”. In: *Law in Everyday Life*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 21-62, 1993.

<sup>55</sup> SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing Rights: Law, Meaning, and the Animal Rights Movement*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1996.

sociais. Trata-se de outro aspecto importante desta abordagem cultural, que é o seu foco na “consciência legal”<sup>56</sup> (“*Legal consciousness*”). A consciência legal é entendida por McCann como:

Part of a reciprocal process in which the meanings given by individuals to their world, and law and legal institutions as part of that world, become repeated, patterned and stabilized, and those institutionalized structures become part of the meaning systems employed by individuals (MCCANN, 1994, p. 282-3).

Quer dizer, o direito cria uma “consciência legal”, no sentido de produzir novos significados e sentidos a fenômenos sociais. Assim, o direito contribui não só para a construção das demandas e estratégias do próprio movimento social, como também para a formação dos atores sociais enquanto sujeitos dotados de uma “consciência de direitos” (McCANN, 2010). Esse ganho de “consciência de direitos” é fundamental para a própria eficácia concreta dos direitos, na medida em que gera a possibilidade de os sujeitos sentirem-se sujeito de direitos e, com isso, empoderarem-se na esfera pública procurar. Assim, na medida em que se reconhecem como portadores de direitos, os atores sociais passam a se enxergar não de forma “vitimizada”, mas sim como sujeitos políticos ativos (FANTI, 2016), o que tende a gerar um efeito inclusivo e democratizador.

Para a avaliação do papel do direito, Michel McCann (1994) destaca três premissas básicas que devem ser levadas em consideração. A primeira diz respeito ao fato de que a criação de discursos dos direitos não está limitada aos fóruns estatais formais. Ora, os cidadãos rotineiramente mobilizam discursos jurídicos, seja para negociação ou resolução de disputas sociais, sem necessariamente depender da intervenção estatal (MCCANN, 1994). Este uso, inclusive, é o que se afigura mais eficaz do direito, pois independe do julgamento das cortes.

---

<sup>56</sup> “O termo original em inglês para se referir ao que aqui se está chamando de ‘consciência de direitos’ é *legal consciousness* ou *rights consciousness*. Tal conceito foi criado e desenvolvido no contexto dos estudos sociojurídicos nas décadas de 1980 e 1990 e usado em pesquisas empíricas que buscaram entender como o direito sustenta seu poder institucional apesar das disparidades entre o direito “nos livros” e o direito na prática, ou por que as pessoas se sujeitam ao sistema jurídico, que por um lado promete tratamento igual e por outro reproduz a desigualdade sistematicamente (SILBEY, 2005, p. 323). Nesse contexto, para Sally Engle Merry, importante estudiosa da *legal* ou *rights consciousness*, o direito consiste em um complexo repertório de significados e categorias entendidos de forma diferente pelas pessoas, dependendo da experiência e conhecimento delas sobre o direito. Assim, a autora chama de *legal consciousness* as formas pelas quais o direito é entendido e utilizado. A ‘consciência’ é pensada por ela como a forma como as pessoas concebem o modo natural e normal de se fazer as coisas, seus padrões habituais de fala e de ação e seu senso comum de entender o mundo (MERRY, 1990, p. 5)” (FANTI, 2016, p. 23).



Nesse sentido, Frances Zemans diz que o direito confere poder. E exemplifica com o crescimento das leis de defesa do consumidor, que teriam conscientizado as pessoas a respeito de seus direitos na relação de consumo e procurado fazê-los valer diretamente nos balcões das lojas. Usou como exemplo, também, o caso das mulheres vítimas de violência. Nesse sentido:

The governmental power inherent in the law is used by the citizen actively and individually to participate in the political system in order to receive part of the authoritative distribution of valueables. Law is of course not the panacea of the powerless, but by its very nature it does lend its legitimacy and the power of the state to whomever has the ability and willingness to use it (ZEMANS, 1983, p. 701).

A segunda premissa está na assunção da ordem legal como pluralista, maleável e, por vezes, até indeterminada, em vez de monolítica. Que não resume à aplicação pelo Estado, já que são convenções relativamente autônomas que podem ser implantadas na prática social diária dos atores sociais. De modo que deve ser rotineiramente reconstruída à medida que os cidadãos buscam promover seus interesses e projetos na vida cotidiana (MCCANN, 1994). É natural, inclusive, que, à medida que direitos são conquistados, novos direitos sejam demandados, para novas pessoas, e assim, infinitamente, enquanto houver sociedade democrática.

A terceira premissa está na compreensão de que as práticas legais contribuem apenas de forma limitada e contingente, que depende de uma série de fatores político, culturais e até legais que merecem análise. E mais, há que se atentar para o fato de que o poder/papel constitutivo do direito na luta política pode operar tanto como um recurso estratégico (positivo para a luta), quanto de modo a restringir a luta política.

First, the framework urged here highlights the ambiguous, contradictory character of law in liberal society. Legal norms and institutions neither guarantee justice nor are they simply obstacles and diversions to the pursuit of a more just society. As Stuart Scheingold has put it, 'rights, like the law itself, do cut both ways – serving at some times and under some circumstances to reinforce privilege and at other times to provide the cutting edge of change' (MCCANN, 1994, 309).

Enfim, a mensagem geral das pesquisas sobre mobilização do direito é a de que os movimentos sociais podem tirar proveito dos direitos, para alavancar e legitimar demandas em favor de uma agenda igualitária, quando mobilizados em um contexto político favorável (SCHEINGOLD, 2004).

### 3.3 Mobilização do Direito: Aproximações Empíricas

Apresentado o quadro teórico, passa-se, neste tópico, a apresentar os resultados empíricos que corroboram a teoria, já que a investigação empírica é chave para esta abordagem. Para tanto, serão apresentados, aqui, os resultados da pesquisa de Michael McCann, o qual, segundo Fabíola Fanti (2016), em tese sobre o tema, se trata do mais proeminente autor do marco da “mobilização do direito”.

McCann (1994) examinou a luta das mulheres por equidade salarial nos Estados Unidos. Sua pesquisa empírica envolveu mais de 140 entrevistas com ativistas pela equidade salarial (“*pay equity*”), bem como estudos de caso.

Seus dados confirmaram, em primeiro lugar, que este ativismo refletiu e aprofundou a crescente consciência em torno aos direitos das mulheres trabalhadoras nos Estados Unidos (MCCANN, 1994). Nas palavras do autor: “*not only have many working women been mobilized for action around specific new right claims, but these activists have become increasingly involved and sophisticated in mobilizing rights as a political resource generally*” (MCCANN, 1994, p. 276).

Em segundo lugar, McCann (1994) concluiu que o uso do direito por este movimento contribuiu significativamente para o progresso da reforma pela equidade remuneratória e para as mulheres trabalhadoras.

Interviews revealed that activists were deeply engaged with the basic terms of antidiscrimination law, which at once shaped their general understandings of social relations and in turn were refashioned into sophisticated instruments of reform action. Legal rights thus became increasingly meaningful both as a general moral discourse and as a strategic resource for ongoing challenges to status quo power relations (MCCANN, 1994, p. 281).

A contribuição, para o autor, é, sobretudo, indireta. Isto é, para além das vitórias concretas conquistadas nas cortes, foram obtidos outros ganhos – indiretos – de mais difícil mensuração, que vão desde o incremento na mobilização das ativistas, com o crescimento do poder organizativo das mulheres dentro dos sindicatos, até o aumento do empoderamento das trabalhadoras no local de trabalho, melhorando sua condição nas negociações com empregadores, por exemplo.

The campaign for rights not only altered official workplace policies and practices but also greatly fortified organizational ties among women workers and with their allies. This newly developed solidaristic strength in many contexts quickly facilitated a variety of other successful struggles for new workplace rights and reforms (MCCANN, 1994, p. 282).

Esses efeitos indiretos frequentemente são até mais importantes, na medida em que possuem maior alcance no plano social. De modo que, “*by drawing on the symbolic power of antidiscrimination discourse and threats of likely judicial intervention, equity activists were often able to mobilize law for a variety of purposes without even entering into a courtroom*” (MCCANN, 1994, p. 285).

Trata-se do incremento da chamada “consciência de direitos”, que gerou demandas por outros direitos tais como creches, oportunidades de mobilidade e, mais do que isso, gera a possibilidade de as mulheres fazerem valer seus direitos. Ora, para eu conseguir que um direito meu seja respeitado, devo, em primeiro lugar, conhecer este direito e ter segurança de que ele deve ser respeitado, nesse caso eu tenho melhores condições de fazer ele ser respeitado sem sequer demandar ao poder judiciário, torno-me, portanto, um sujeito de direitos. De modo que “o direito se torna cada vez mais significativo tanto como um discurso moral, quanto como um recurso estratégico para as lutas contra as relações de poder presentes na sociedade (FANTI, 2016, p. 46).

McCann acredita, portanto, que a mobilização do direito contribui para o movimento e para a própria mudança social.<sup>57</sup> Assim, novamente, nas palavras do

---

<sup>57</sup> McCann “identificou ao menos cinco momentos da mobilização coletiva em que o direito e estratégias jurídicas são relevantes para os movimentos sociais. O primeiro deles é a fase inicial de formação organizacional e constituição de agenda desses grupos. Ela é conhecida como a etapa em que há um crescimento da ‘consciência de direitos’ (*rights consciousness raising*) e é constituída de dois processos paralelos, mas em geral intimamente relacionados, de transformação cognitiva dos integrantes do movimento (McCANN, 2004, 2006). O primeiro deles é o de ‘formação da agenda’, no qual os membros dos movimentos sociais recorrem a discursos jurídicos para nomear e contestar iniquidades contra as quais se organizam. Nesse contexto, as normas e tradições jurídicas se mostram importantes elementos no processo de explicitar como as relações sociais são injustas, de definir os objetivos coletivos do grupo e de construir uma identidade comum entre cidadãos que possuem posições distintas na sociedade (McCANN, 1994, 2004, 2006). O segundo processo está relacionado a fatores externos aos movimentos sociais que favorecem sua formação e ação, as chamadas oportunidades políticas. Nesse contexto, decisões dos tribunais podem dar projeção ou legitimidade a certas demandas relacionadas a direitos perseguidos por tais grupos, assim como colocar em debate o sentido de normas jurídicas já existentes (McCANN, 1994, 2004, 2006). Um segundo momento da mobilização do direito pelos movimentos sociais se dá quando estratégias jurídicas são utilizadas como forma de pressão política. McCann aponta que tais táticas fornecem aos movimentos sociais ferramentas de influência institucional e simbólica contra seus oponentes (2004, 2006) [...] Finalmente, o legado jurídico ‘na’ e ‘para’ as lutas dos movimentos sociais (*legacy phase*)

autor: *“Legal mobilization provided important resources not only for changing workplace policies but also for altering the broader terms of relational power among and within unions, management, and women’s groups”* (MCCANN, 1994, p. 284).

Para ele, a importância do direito e do Poder Judiciário para a mobilização do direito se dá em dois níveis: o nível instrumental ou estratégico e o nível constitutivo ou simbólico (MCCANN, 2010).

Quanto ao primeiro nível, o autor compreende o direito como um recurso estratégico que pode ser acionado pelos movimentos sociais para alcançar suas demandas. Não só, os tribunais também influenciam indiretamente as ações estratégicas dos movimentos sociais ao solucionar disputas em torno ao significado dos direitos, dentre as quais, McCann (2010) menciona seu efeito catalisador, na medida em que pode estimular respostas positivas dos atores governamentais ou grupos de cidadãos não diretamente envolvidos nos casos, ao aumentar a relevância da questão na agenda pública e fornecer recursos simbólicos para esforços de mobilização em diversos campos, além de criar constrangimentos e desincentivos para outros atores sociais.

Quanto ao nível constitutivo, ele diz respeito ao poder do direito de criar sentido aos fenômenos sociais. Para McCann, “o direito é constitutivo da vida social, um terreno sempre tensionado e em conflito, um campo de debates políticos e culturais, que tem seu significado constantemente disputado pelos mais diversos atores sociais” (FANTI, 2017, p. 254-5). Afinal, o direito é “uma linguagem, um conjunto de lógicas, valores e entendimentos que as pessoas conhecem, esperam, aspiram e se sentem portadores” (MCCANN, 2010, p. 189).

Inclusive, para o autor,

o poder constitutivo da lei gerado em parte pelos tribunais é mais profundamente formativo e duradouro em seus impactos sobre as identidades, consciência e construções de interesses dos sujeitos do que seus múltiplos efeitos, sinalizando sobre as interações estratégicas particulares.

A investigação de McCann (1994) forneceu, enfim, dados que lhe permitiram repensar as concepções convencionais, céticas em relação ao papel do direito na luta social. Refutou, inicialmente, os argumentos de que os ativistas eram ingênuos ao

---

é o último momento da mobilização do direito apontado por McCann (2004, 2006)” (FANTI, 2016, p. 43-45).

acreditar no suposto “mito” que seria o direito. Segundo este pesquisador, a maioria das pessoas entrevistadas confirmaram justamente o contrário, que elas possuem uma consciência sofisticada politicamente em relação ao uso do direito e ciente de suas ambiguidades (MCCANN, 1994).

Quanto ao argumento de que as táticas legais seriam desmobilizantes, ele a reputa reducionista, na medida em que não leva em consideração:

The many ways that diverse tactics can be complementary and interactive rather than merely exclusive in nature. Indeed, one of the central conclusions of my equity movement study has been that the total positive impact of a diversified tactical approach is often far greater than the sum of all the tactics viewed separately. Moreover, if litigation is deployed as just one of several coordinated tactics, there is no necessary reason why it must be a divisive, atomizing force” (MCCANN, 1994, p. 295).

O fato é que sua pesquisa demonstra que as afirmações teóricas pessimistas de que os discursos legais são abstrações sem sentido refletem novamente uma teoria irrealista e excessivamente mecânica do poder, inconsciente da experiência social real. O reconhecimento da importância da mobilização do direito, entretanto, não deve desencorajar os estudiosos de fornecer uma avaliação crítica das escolhas táticas dos ativistas (MCCANN, 1994).

### **3.4 Estado da Arte da “Mobilização do Direito” no Brasil**

Em tese dedicada ao tema, Fabíola Fanti (2016) diagnosticou que, de maneira geral, na literatura sociojurídica brasileira, assim como na norte-americana, os estudos sobre movimentos sociais não dialogam com os estudos sobre direito e vice-versa. Fato, este, que tem mudado nos últimos anos, com um crescente número de trabalhos empíricos que se dedicam a este tema e partilham do arcabouço teórico da “mobilização do direito” (FANTI, 2016), conforme se apresentará neste tópico.

A verdade é que o *mainstream* das pesquisas brasileiras sobre o Poder Judiciário e decisões judiciais privilegia como ferramenta analítica a noção de “judicialização da política” (ou “politização da justiça”) (MACIEL, 2011). Tal noção, entretanto, “se apoia em uma visão bastante formal e institucional do Poder Judiciário e sua função no contexto do Estado e da sociedade” (FANTI, 2016, p. 194). É que

enxerga como ilegítimas decisões judiciais avaliadas como “políticas” (aquelas que estariam indo para além de uma interpretação literal do texto da norma e interferindo no processo decisório democrático). Sendo que, como pontua Marcos Nobre (2008, p. 100): “o sentido último de uma norma jurídica é o resultado de uma disputa interpretativa cuja lógica é fundamentalmente política”. Ao desconsiderar este fato, a “judicialização da política” torna-se analiticamente inútil e teoricamente inválida.

Por outro lado, o quadro analítico da “mobilização do direito” procura compreender as demandas sociais e as decisões judiciais delas decorrentes no contexto político mais amplo, “identificando-se como se deu seu processo de formação na sociedade, até chegar ao Poder Judiciário” (FANTI, 2016, p. 195).

Nesse sentido, destacam-se os seguintes trabalhos, que se inserem no quadro analítico da “mobilização do direito” no Brasil: a pesquisa de Débora Alves Maciel (2011) sobre a mobilização do direito pelo movimento feminista na Campanha pela Lei Maria da Penha e sua última investigação (2015) sobre grupos de defesa de direitos no Brasil; o trabalho de Cristiana Losekann (2013) sobre a mobilização do direito como repertório de ação no campo ambiental brasileiro; o artigo de Cecília MacDowell Santos (2015) sobre a mobilização local e transnacional do direito no contexto da justiça de transição no Brasil; e a tese de Fabíola Fanti (2016), sobre a mobilização do direito por parte do movimento feminista pelo direito ao aborto. Ainda, a dissertação de mestrado desenvolvida pela autora desta tese, sem ainda conhecer este marco teórico, empreendeu o esforço de conjugação dos estudos sobre o movimento LGBT e em torno ao papel do direito penal, ao analisar a demanda pela criminalização da homofobia (MASIERO, 2014). A tese de Thula Pires (2016), também sem utilizar diretamente a teoria da mobilização do direito, analisa a criminalização do racismo de forma conjuntural e em combinação com a atuação do Movimento Negro.

Tendo em vista que não se pode desconsiderar a importância que tem para esta corrente a análise da ação coletiva dos movimentos sociais contextualizada com o processo político e conjuntural mais amplo em que se inserem, todas as pesquisas brasileiras apontadas acima desenvolvem esta análise conjuntural do Brasil, procurando os aspectos institucionais que favorecem a mobilização do direito. Interessante observar que o ponto de partida costuma ser a Constituição de 1988.

É que, de fato, a América Latina como um todo, a partir dos anos 1980, passou por processos de redemocratização política, os quais coincidiram com o incremento

da relevância do campo jurídico, como também destacou Alba Ruibal (2015) em sua pesquisa sobre mobilização e contra-mobilização do direito na América Latina:

El contexto latinoamericano, a partir de las nuevas oportunidades políticas y legales creadas por los procesos de democratización, de consolidación del Estado de derecho, y de reformas constitucionales y judiciales, ofrece un campo especialmente apto para el estudio de la movilización y contra-movilización legal de los actores colectivos (RUIBAL, 2015, p. 195).

As mudanças advindas do processo de redemocratização do Brasil foram fundamentais para que diversos movimentos sociais intensificassem a mobilização do direito. Como se verá em detalhes na segunda parte desta tese, o próprio processo de construção da Constituição de 1988 foi um incentivador para os movimentos sociais se mobilizarem em torno aos direitos.

O resultado, conseqüentemente, foi uma Constituição que expandiu a carta de direitos, ampliou o acesso ao poder judiciário, delegou ao Judiciário e ao Ministério Público o dever de proteger os direitos dos indivíduos bem como os direitos sociais e coletivos, por meio de novos instrumentos processuais e da legitimação de organizações civis e agentes políticos seja para a proposição de ações judiciais perante o Supremo Tribunal Federal (STF) – como a Ação Civil Pública, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Arguição de Preceito Fundamental e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – seja para intervenção nos processos como consultores técnicos, em audiências públicas ou como *amicus curiae* (MCCANN, 2010; MACIEL, 2011).

As mudanças não foram, claro, só na ordem do Poder Judiciário. No âmbito do Poder Executivo, aponta Fanti (2016, p. 49), “foram criados espaços e mecanismos de participação da sociedade civil dentro do governo, tais como conselhos e conferências”. E, no Poder Legislativo, teria aumentado a “permeabilidade dos partidos políticos às demandas sociais, e passou a ser possível para os movimentos sociais se articularem com parlamentares aliados, ou mesmo realizarem pressão para que projetos de leis fossem aprovados ou arquivados” (FANTI, 2016, p. 49).

O contexto político, entretanto, não se limita mais ao âmbito nacional, devendo-se levar em consideração o contexto internacional e, conforme destacou Maciel (2011, p. 99):

No âmbito internacional, as Conferências Mundiais da ONU, assim como instituições multilaterais, como a OEA/Sistema Interamericano de Direitos Humanos, têm estimulado a formação de coalizões de movimentos sociais e organizações civis em redes transnacionais para influenciar a produção de normas e da jurisprudência internacionais e nacionais, como é o caso do meio ambiente, mulheres, povos indígenas, negros etc.

Como resultado, os movimentos sociais brasileiros passam a usar a linguagem dos direitos para colocar suas questões políticas, recorrendo crescentemente à Constituição e aos direitos humanos para argumentar em favor de suas demandas. Dado, este, que é diagnosticado nesta tese, assim como também demonstrou a tese de Fanti (2016) e as pesquisas de Maciel (2011; 2015).

Débora Maciel (2015) elaborou um mapeamento preliminar dos movimentos sociais que mobilizam direito<sup>58</sup> no Brasil, a partir de amostra construída com a coleta de informações em fontes secundárias, como: lista de organizações filiadas à ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais) e classificadas na categoria “Justiça e Promoção de Direitos”; lista de donatários da Fundação Ford; publicações de grupos e/ou de ativistas, contendo relatos de experiência, depoimentos e levantamentos; e bibliografia secundária, incluindo livros, artigos, dissertações e teses (MACIEL, 2015). Deste levantamento, a autora chegou ao seguinte quadro:

---

<sup>58</sup> Para tanto, Maciel buscou uma das seguintes formas de mobilização: “1) litigação (denúncias e representações ou ações judiciais propostas diretamente a instituições judiciais nacionais e/ou internacionais; 2) amigo da corte (*amicus curiae*); 3) campanhas públicas e de lobby nacionais e internacionais para promover reforma, aplicação e/ou implementação de normas legais (*advocacy*); 4) assessoria e/ou acompanhamento jurídico e/ou judicial de casos do público alvo e/ou de outros públicos; 5) capacitação legal dirigida a membros, comunidades, organizações de movimentos e agentes estatais; 6) produção, disseminação de conhecimento e engajamento no debate jurídico (relatórios, pareceres, ante projetos de lei, artigos doutrinários, etc.)” (MACIEL, 2015).



Quadro 2 - Focos do ativismo de grupos por período de formação

| <b>Foco do Ativismo</b>                                    | <b>1972-1979</b> | <b>1980-1989</b> | <b>1990-1999</b> | <b>2000-2012</b> | <b>Total de grupos por foco de ativismo</b> |
|--|------------------|------------------|------------------|------------------|---|
| Direitos Humanos   | 6                | 6                | 4                | 7                | 23  |
| Mulheres   | 1                | 4                | 8                |                  | 13  |
| Serviços jurídicos a movimentos populares rurais e urbanos |                  | 2                | 1                | 4                | 7   |
| Negros   |                  | 2                | 1                | 3                | 6   |
| Homossexuais   |                  |                  | 3                | 3                | 6   |
| Saúde  |                  | 3                | 2                | 1                | 6   |
| Educação e cultura   |                  |                  | 1                | 2                | 3   |
| Comunidades indígenas/ Meio ambiente                       | 2                |                  | 2                |                  | 4   |
| Crianças e Adolescentes                                    | 1                |                  | 1                |                  | 2   |
| Grupos com necessidades especiais                          |                  |                  | 1                | 1                | 2   |
| <b>Total de grupos por período</b>                         | <b>10</b>        | <b>17</b>        | <b>24</b>        | <b>21</b>        | <b>72</b>                                   |

Fonte: MACIEL, 2015.

Houve um *boom* de organizações feministas internacionalizadas a partir dos anos 1990, “formadas por advogadas e feministas em duplo engajamento em direitos da mulher e direitos humanos e acesso às redes e instituições globais” (MACIEL, 2015). Já a formação de grupos especializados na defesa de direitos de negros e negras<sup>59</sup> e da população LGBT<sup>60</sup> tem sido mais discreta e mais tardia, já que, conforma

<sup>59</sup> “No caso do movimento negro, grupos fundados com o apoio da Fundação Ford, no final da década de 1980, iniciaram atividades de prestação de serviços jurídicos à cidadãos negros. São os casos do Geledés – Instituto da Mulher Negra (1988) e do CEERT – Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdade (1990) [...] A novidade é o surgimento recente de grupos fundados por advogados - Associação Nacional de Advogados Afro-Descendentes (2000), Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA (2003) e Instituto Luiz Gama São Paulo (2010) – e, ainda, da formação da Rede Nacional de Advogados e Operadores do Direito contra o Racismo e a Desigualdade Racial, formada em 2012” (MACIEL, 2011).

<sup>60</sup> “No caso do movimento homossexual, a mobilização nacional também vem sendo incrementada na última década. Em 2010, com a parceria criada entre a Associação da Parada do Orgulho LGLBT de São Paulo – APOGLBT e o Escritório Lessi e Advogados Associados para atender gratuitamente

revela a pesquisa de Maciel, concentram-se praticamente nas duas últimas décadas (MACIEL, 2015).

Na sua pesquisa sobre a campanha pela Lei Maria da Penha, Débora Maciel (2011) revelou que a produção sociojurídica brasileira em torno a esta lei se limitava a problematizar seja a eficácia da criminalização de conflitos domésticos, seja a adequação de soluções penalizadoras. Focando, com isto, tão somente na justiça criminal e deixando de lado o ponto de vista das agentes sociais que promoviam a campanha. Nesse sentido, tende-se a privilegiar a análise em torno à dimensão instrumental do direito, em detrimento da dimensão estratégica e simbólica para a ação coletiva (MACIEL, 2011). Sendo que, do ponto de vista do movimento social (feminista), a mobilização do direito abriu a oportunidade de “dramatizar a experiência feminina da violência, provocar a ação do Estado e, ainda, angariar influência nas instituições políticas” (MACIEL, 2011, p. 106).

Assim, desde a perspectiva da “mobilização do direito”, percebe-se que a campanha da Lei Maria da Penha trouxe desdobramentos positivos tanto para a ação coletiva, como para a mudança social, que viu a institucionalização da agenda da violência contra a mulher.<sup>61</sup> De modo que, conclui Maciel (2011, p. 106):

Aqui o pressuposto da retração da política e/ou de sua substituição pela justiça não encontra amparo: o processo de mobilização deslançou precisamente graças à habilidade das ativistas de utilizarem variadas estratégias de ação disponíveis no ambiente sociopolítico e institucional: do *lobby* no Legislativo e no Executivo às ações judiciais e às manifestações públicas; das parcerias com órgãos estatais ao uso da mídia e à formação de coalizões com outros grupos e movimentos sociais.

Analisando o mesmo movimento, mas com a temática do aborto, Fabíola Fanti também diagnosticou, que o movimento feminista “direcionou-se, pelo menos em parte, ao Poder Judiciário como forma de disputar o sentido do direito e alargar o direito ao aborto” (FANTI, 2016, p. 186), por meio de uma série de repertórios de mobilização do direito, os quais ele divide em institucionais e não institucionais. Os

---

associados em situações de ofensas públicas à população LGBT [...] Em 2010, o Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS foi formado por advogados homossexuais” (MACIEL, 2011).

<sup>61</sup> “A Lei não apenas promoveu o reconhecimento formal da vulnerabilidade da mulher nas relações domésticas, familiares e afetivas, como também instituiu a força simbólica da pena na redefinição jurídica da violência como ato lesivo a valores e sentimentos coletivos, deslocando definitivamente o problema da esfera da vida privada para a esfera pública” (MACIEL, 2011, p. 105)

institucionais seriam: o litígio individual<sup>62</sup>, a orientação jurídica<sup>63</sup>, o litígio coletivo<sup>64</sup>, litígio internacional ou atuação em órgãos internacionais<sup>65</sup>, o *amicus curiae*<sup>66</sup> e as audiências públicas<sup>67</sup>. Quanto aos não institucionais, há: o *lobby* no Congresso Nacional<sup>68</sup>, protestos e a busca de influência por meio da produção de argumentação.

Fanti (2016) identificou também estratégias de mobilização do direito direcionadas à sociedade: como assessoramento jurídico e cursos de formação jurídica, que “buscam criar em seu público uma ‘consciência’ em relação ao direito” (FANTI, 2016, p. 140).

Cristiana Losekann (2013), ao estudar a mobilização do direito em torno ao direito ambiental, formulou que o repertório da mobilização do direito, seja institucionalizado ou não, não deixa de ser uma ação de confronto. Segundo ela, tal mobilização não é para-institucional ou anti-institucional, mas se realiza “criando vínculos e redes com a burocracia, aproximando-se da institucionalidade para lutar contra alguns de seus próprios aspectos. Paradoxalmente, uma forma de cooperação que visa o confronto” (LOSEKANN, 2013, p. 339). Esta formulação está baseada, claro, nos dados empíricos coletados, como se pode ver deste trecho da entrevista com um ativista de rede ambientalista: “o objetivo com a judicialização do conflito é criar um fato político” (LOSEKANN, 2013, p. 339).

---

<sup>62</sup> “No caso do Geledés, a organização possui um programa denominado ‘SOS Racismo’ desde 1992. Inicialmente, o programa atendia e ajuizava ações em todos os casos de racismo na cidade de São Paulo que chegavam a ele [...] com o grande volume de casos, eles passaram a fazer uma triagem e atender apenas aqueles nos quais existiam provas mais robustas, os quais os advogados da organização acreditavam que teriam maior chance de sucesso no Poder Judiciário. A partir de 2001, houve mais uma importante mudança na estratégia jurídica da organização: esta passou a focar no litígio na esfera internacional” (FANTI, 2016, p. 123).

<sup>63</sup> “Estratégia de mobilização do direito identificada a partir das entrevistas, realizada pela Oficina dos Direitos da Mulher” (FANTI, 2016, p. 126).

<sup>64</sup> “Em geral envolvem ações civis públicas ou outras ações judiciais mais complexas, como Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei municipal” (FANTI, 2016, p. 127).

<sup>65</sup> “Este estaria enquadrado na chamada ‘mobilização transnacional do direito’, na qual as ‘mobilizações do direito vão além das fronteiras do Estado-nação’ e são usados os tribunais supranacionais, como por exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos” (FANTI, 2016, p. 127).

<sup>66</sup> Tanto o *amicus curiae* como as audiências públicas mostram-se mecanismos fundamentais para a participação “na medida em que, apesar da Constituição Federal de 1988 ter aumentado o rol de atores políticos e sociais legitimados a propor ações de controle de constitucionalidade no SFT, não foram incluídos entre eles os movimentos sociais” (FANTI, 2016, p. 136).

<sup>67</sup> “Estas permitem que organizações ou pessoas que não fazem parte do processo judicial, mas que são especialistas ou tenham interesse no tema tratado, participem do processo decisório” (FANTI, 2016, p. 137).

<sup>68</sup> “O lobby pode envolver não só o convencimento de deputados e senadores para votar dessa ou daquela forma, de acordo com as demandas da agenda feminista, mas também, por exemplo, o convencimento de líderes partidários para colocar certo assunto para ser votado em determinado momento, ou tirá-lo da pauta, inverter a ordem de votação de projetos, entre outros tipos de estratégias legislativas (FANTI, 2016, p. 118)”.

Quanto ao resultado dos esforços pela inclusão da questão ambiental no direito, ela concluiu que:

Primeiro, percebe-se que a legislação ambiental está cumprindo uma função que vai além de expectativas de preservação do meio natural em si, viabilizando o acesso à Justiça em sua dimensão social, sobretudo, àquela população normalmente mais vulnerável e impactada. O segundo aspecto diz respeito à formação do repertório de ação coletiva. Percebemos, pelos variados temas em conflito, uma complexa elaboração das situações de injustiça, estando estas relacionadas às atividades econômicas, às condições sociais de ocupação do espaço, aos grandes empreendimentos (LOSEKANN, 2013, p. 337).

Da mesma forma, a dissertação de mestrado desta autora, ainda sem conhecer o quadro analítico da “mobilização do direito”, e, portanto, sem a sofisticação de sua concepção, propôs uma abordagem da demanda pela criminalização da homofobia por parte do movimento LGBT contextualizada, tanto com o contexto político da luta deste movimento, tanto com o contexto social, de preconceito, discriminação e violência em razão de orientação sexual e identidade de gênero. Abordagem, esta, que permitiu concluir pela legitimidade da demanda e da criminalização, em nome do reconhecimento público de um problema que é social e necessita de ser enfrentado pelas instituições (MASIERO, 2014). Thula Pires (2016) também conclui pela legitimidade da criminalização do racismo, na medida em que se trata de um crime que retira das pessoas “uma necessidade vital, que é o sadio reconhecimento” (PIRES, 2016, p. 227)

### **3.5 Conclusões Parciais**

Este capítulo apresentou a linha de investigação da mobilização do direito, dentro da qual esta tese se insere. Isto é, uma linha que tem por objetivo analisar a mobilização do direito pelos movimentos sociais, por meio da integração das teorias dos movimentos sociais com as do campo do direito.

Ao se aprofundar na teoria dos movimentos sociais e adotar seu ponto de vista, de forma contextualizada com o processo político, esta agenda de pesquisas consegue enxergar a complexidade que envolve esta interação entre a ação coletiva e a demanda por direito(s). Com isso, não incorre em reduções ou simplificações, seja

na sua concepção de movimentos sociais, seja na sua concepção a respeito do papel do direito na – e para a – luta social. Afinal, como recorda McCann (1994, p. 309): “those who identify legal discourses and institutions in general as either categorically supportive, antagonist, or irrelevant to egalitarian reform causes are bound to be overly simplistic”.

O direito é concebido, neste campo, para além de um conjunto de normas formais, como um recurso estratégico a ser mobilizado pelos atores sociais. Os atores, por sua vez, irão mobilizá-lo porque reconhecem em sua gramática um poder constitutivo. Isto é, o direito produz sentidos e significados sociais, que influenciam fortemente as relações sociais. De modo que Zemans (1983) chega a afirmar que o direito confere poder.

Além de constitutivo, o direito é um instrumento estratégico que pode ser moldado pela ação coletiva. Nesse sentido, veja-se a síntese desenvolvida por Maciel (2011, p. 100):

De um lado, o direito é constitutivo para a vida social, pois as normas jurídicas fornecem a moldura normativa e categorial que orienta a percepção dos agentes acerca das relações nas quais estão inseridos, dos seus interesses, das formas e das possibilidades de ação. De outro lado, o direito é recurso estratégico, pois as normas jurídicas são objeto de uso calculado para a consecução de interesses e de resultados práticos. As dimensões constitutiva e estratégia do direito representam dois níveis distintos de poder, mas não totalmente separados.

Assim como ele molda as relações sociais, ele também é moldado por elas. Afinal, o direito é plural, maleável e até eventualmente indeterminado, com o que a produção de discursos na esfera pública pode influenciar sua interpretação.

rights are invested with meaning by cultural practices themselves, by the repeated acts of citizens using those conventions to negotiate material relations with each other. The fact that legal conventions have no transcendent foundation should not obscure their constitutive authority as public knowledge rooted in a lived history of social engagement (MCCANN, 1994, p. 297).

Nesse sentido, esta agenda de pesquisas adota uma visão descentralizada da narrativa legal, pois ela não é somente aquilo que as cortes dizem que é, ele também é produzido pelas práticas sociais e nos discursos dos atores sociais, como os movimentos sociais.

Para tanto, para que os movimentos de fato influenciem a produção normativa, invariavelmente devem absorver o discurso jurídico. Até para saber quais normas estão sob conflito interpretativo, é indispensável e extremamente necessária esta interação entre os movimentos sociais e o direito, em nome da concretização da igualdade. E mais: “When we invoke rights, we shift the character of our demands from the status of mere ‘wants’ to that of ‘entitlement’ deserving greater respect from others” (MCCANN, 1994, p. 297). Assim, ao adotar o discurso dos direitos, tende-se a atingir a atenção da comunidade maior e das autoridades.

Com isso, os argumentos críticos que sugerem que os ativistas que usam o discurso dos direitos são ingênuos ou enganados pela ideologia dominante, tendem a ser paternalistas ou desdenhosos em relação à consciência e à capacidade de julgamento dos movimentos (MCCANN, 1994).

Finally, to criticize rights-based challenges because they are limited and insufficient is inadequate without reference to more promising alternative strategies and discourses available to citizens. In this regard, political experience suggests that wholesale assaults rooted in utopian visions and exogenously derived ideologies rarely are effective. ‘Radical’ ideas and symbols themselves are not only often philosophically problematic on their own terms, but by their very definition they tend to be alien, unfamiliar, unconnected to the ‘normal’ lives of the dispossessed (MCCANN, 1994, p. 308).

Enfim, estas premissas básicas da abordagem da mobilização do direito proporcionam a esta tese uma visão mais expansiva, sutil e complexa do papel da lei na luta política.

Inclusive para pensar o contexto brasileiro, que passa, justamente, por uma ampliação da estrutura de oportunidades jurídicas e percepção dos movimentos sociais quanto a isso, de modo que eles têm mobilizado o direito como meio para melhorar sua condição social. Conforme casos de sucesso vêm demonstrar, como as campanhas pela criação de leis (como da Lei Maria da Penha), ou o ingresso de demandas nas cortes (pelo casamento igualitário ou aborto).

Esses exemplos mostram uma abertura do espaço institucional privilegiado em ouvir a “voz” de novos atores. O que corrobora a visão de Zemans (1983) no sentido de que a mobilização do direito é uma atividade política por meio da qual a autoridade pública das normas é convertida pelos agentes em forma relevante de participação

nos sistemas democráticos, de modo que a mobilização do direito é, inclusive, uma forma de demonstrar o vigor de uma democracia, tanto quanto o voto.

#### 4 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO: ENTRE DOMINAÇÃO E EMANCIPAÇÃO

Como já se enunciou no capítulo anterior, a crítica tradicional do direito tende a afirmar que ele é sempre um instrumento de dominação. Este é, contudo, apenas um lado da moeda, uma vez que se pode demonstrar – a partir da “mobilização do direito” – como os movimentos sociais, ao articularem suas demandas por meio da linguagem do direito, têm conseguido produzir efeitos positivos, tais como o de escancarar injustiças na esfera pública, de modo que medidas sejam tomadas.

As questões em torno do uso do direito por parte dos discriminados socialmente e de sua legitimidade – “por que os subalternos deveriam se servir do meio que ‘garante a ordem social existente’ e tem à sua disposição as estruturas normativas que possibilitam a reprodução dos processos de dominação?” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 30) – já faziam parte das inquietações da teoria crítica do direito dos anos 1920 e 1930, desenvolvida na Escola de Frankfurt, principalmente a partir dos trabalhos de Franz Neumann e Otto Kirchheimer, os quais “descreveram a função e a instrumentalidade do direito de forma implacável” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 30).

Franz Neumann já na década de 1930 discordava do senso comum marxista segundo o qual o direito opera como mera superestrutura à serviço da dominação de classe. Em *O império do direito*, ele via potenciais emancipatórios no direito liberal, que surgiria com a “entrada do proletariado no parlamento” e se viabilizaria “com a racionalidade procedimental do direito liberal materializado” (RODRIGUEZ, 2006, p. 24-5). O direito, portanto, criaria a “possibilidade real de que as forças sociais possam vir a regular os rumos da sociedade, inclusive os da economia, pelo controle do processo eleitoral e pela criação de normas jurídicas” (RODRIGUEZ, 2006, p. 25).

Para Kirchheimer (1976), decisões jurídicas não se tratavam “de meras questões de cálculo, mas sim do resultado de lutas político-jurídicas” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 33). Ele desprezava, portanto, a “pobreza de espírito dos operadores jurídicos, cuja opinião seria a de que o direito não é político e que conhecer o direito objetivo seria uma tarefa da ciência pura” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 33). A partir de Kirchheimer, “pode-se demonstrar como o direito à primeira vista aplicado mecânica e tecnicamente é repolitizado em seu próprio interior” (FISCHER-LESCANO; MOLLER, 2017, p. 33).



A teoria do discurso de Jürgen Habermas incorporou estas preocupações. Enquanto Neumann descreve o direito sob o capitalismo monopolista (RODRIGUEZ, 2006), Habermas, em *“Direito e Democracia: entre facticidade e validade”*, contextualiza o direito cinquenta anos depois, já diante da crise do Estado de Bem-Estar Social europeu e o surgimento dos Estados Democráticos de Direito de fins do século XX e de fenômenos sociais outros que tornavam as sociedades mais complexas, como a globalização.

Apesar das perspectivas teóricas de ambos autores serem úteis para pensar o objeto desta tese – a mobilização dos movimentos sociais em torno ao direito e seu potencial emancipatório – este capítulo limita-se a examinar os aportes desenvolvidos por Habermas. Pretende-se, com ela, refletir a respeito da legitimidade do papel constitutivo do Direito para a emancipação social nas sociedades complexas atuais.

Este capítulo está dividido em quatro partes: na primeira (3.1), é apresentada a visão de Habermas em torno aos paradigmas do direito: liberal, social e procedimentalista. A segunda parte (3.2) aprofunda-se na teoria discursiva do direito de Habermas. Na terceira (3.3), a reflexão se volta especificamente à legitimidade do direito penal e seu papel para a emancipação social. E, por fim, na última parte (3.4), são apresentadas as conclusões parciais do capítulo.

#### **4.1 Paradigma Procedimentalista do Direito**

De acordo com Habermas (2011), paradigmas do direito abrem perspectivas para a compreensão do modo como uma dada sociedade realiza sua interpretação do sistema dos direitos e dos princípios do Estado de direito, bem como “lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais” (HABERMAS, 2011, p. 181). Nesse sentido, a compreensão da Constituição é questão central na disputa paradigmática do direito, pois é o documento político que determina a organização e o funcionamento do Estado.

A disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico ou, em outras palavras, a disputa pela melhor interpretação de um sistema de direitos, é, no fundo, uma disputa política (HABERMAS, 2011, p. 131). Logo, não se trata de preocupação isolada aos especialistas, mas deve envolver, no Estado democrático de direito, toda a arena política. Afinal, os especialistas (e sua doutrina jurídica) “não têm

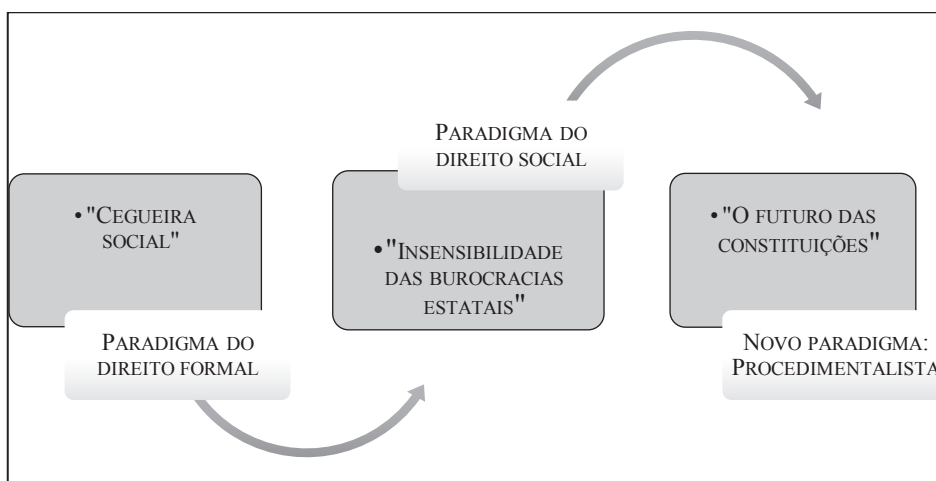
autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos” (HABERMAS, 2011, p. 132).

Segundo Habermas (2012), o paradigma procedimentalista representa o atual paradigma jurídico das sociedades nas quais vigoram Estados democráticos de direito, surgido no final do século XX. Trata-se, de acordo com o autor, de um novo paradigma que resulta da controvérsia ou insuficiência dos paradigmas anteriores, que seriam o liberal (identificado pelo autor com o direito formal burguês) e o social (identificado pelo autor com o direito materializado do Estado social).

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois (HABERMAS, 2012, p. 242).

A ilustração abaixo permite a visualização da sucessão dos paradigmas e suas ideias centrais, de acordo com Habermas.

Gráfico 1 - Paradigmas do Direito



Fonte: a autora.

Nota: a partir de HABERMAS (2011).

O paradigma jurídico formal ou liberal representa a concepção sobre a realização do sistema de direitos da sociedade do capitalismo liberal de fins do século XIX e sofre de uma “cegueira social”, dado que é incapaz de perceber que as desigualdades existentes em uma sociedade de mercado podem fazer com que os direitos subjetivos formalmente iguais apenas sirvam para encobrir e preservar um estado de desigualdades factualmente existente, e até mesmo para bloquear

possíveis iniciativas no sentido de reverter tais desigualdades (OLIVEIRA, 2006). É que na compreensão liberal, as tarefas e os objetivos do Estado devem estar entregues à política e não serem objeto da normatização do direito constitucional. É dizer, a constituição deveria fazer uma separação entre a esfera de uma sociedade econômica, livre do Estado, na qual os indivíduos buscam sua felicidade e seus próprios interesses de forma autônoma e privada, e a esfera estatal da persecução do bem comum. A isso, corresponde, finalmente, a compreensão negativa dos direitos fundamentais, concebidos como meros direitos de defesa referidos ao Estado (HABERMAS, 2011).

A partir disso, o direito privado estruturou-se como um domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática e tinha tão-somente que garantir o status negativo da liberdade de sujeitos de direito, ao passo que o direito público estaria subordinado à esfera do Estado autoritário. No entanto, a partir da instauração da República de Weimar (1919-1933) não era mais possível opor o direito privado ao direito público, falando-se em submissão do direito privado a princípios do direito público e destruição do edifício autônomo de um sistema jurídico unitário.

Trata-se do advento do primado da constituição democrática sobre o direito privado, acelerado após a segunda guerra mundial pela jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. O objetivo do direito privado não podia mais limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social. Com isso, afirma Habermas (2011, p. 137):

Não houve nenhuma mudança no pensamento acerca da autonomia privada, a qual se expressa através do direito a um máximo de liberdades de ação subjetivas iguais para todos. No entanto, modificaram-se os contextos sociais nos quais se deve realizar harmoniosamente a autonomia privada de cada um.

Isso porque a liberdade só pode ser implantada por meio da materialização de direitos existentes ou da criação de novos tipos de direito (capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente). Afinal, “a liberdade de direito não possui valor sem a liberdade de fato, ou seja, sem a possibilidade concreta de escolher entre aquilo que é permitido” (ALEXY, 2012, p. 450). A partir de então, não se confia mais na ficção da igualdade dos sujeitos,

admitindo-se a necessidade de o direito intervir para compensar as assimetrias nas posições do poder econômico.<sup>69</sup>

A substituição do modelo liberal pelo direito materializado representa a superação do paradigma liberal pelo paradigma social, o qual vem a representar, por sua vez, a concepção sobre a realização do sistema de direitos do Estado de bem-estar social. Esse paradigma, entretanto, também carece de uma “insensibilidade”, na medida em que a máquina burocrática não é capaz de perceber as “limitações impostas à autodeterminação” dos clientes dos Estados de bem-estar social.

Em fins do século XX, passou-se a perceber, então, que o paradigma jurídico social trazia consequências indesejadas, a que Habermas denominou de paternalismo. Isso porque as regulações do Estado de bem-estar social acabaram por fragilizar a autonomia pública dos cidadãos. Com isso, na medida em que não há razão para retornar ao paradigma liberal, surge a necessidade de se pensar num novo paradigma.

De fato, as causas que levaram às regulamentações do Estado social não se eliminam simplesmente por meio de desregulamentações, mais que isso: a ideia do novo paradigma é continuar com o modelo social, porém em um nível de reflexão superior. Há que se pensar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente. Aí que Habermas desenvolve o paradigma procedimentalista do direito: de modo a contribuir com um “projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas” (HABERMAS, 2011, p. 126).

O paradigma procedimentalista do direito visa, portanto, a fornecer elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado social. O que Habermas visualiza, com este paradigma, é a possibilidade de “domesticar o sistema econômico capitalista, ‘transformando-o’, social e ecologicamente, por um caminho que permita ‘refrear’ o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista” (HABERMAS, 2011, p. 148): o da eficácia e o da legitimidade, de modo que lhe possibilite retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo.

Para tanto, há que se superar tanto a discriminação promovida pelo direito liberal, quanto o paternalismo do Estado social:

---

<sup>69</sup> Normas de proteção social: função social do contrato, trabalhadores, inquilinos, consumidores. “O direito contratual que aí se materializa não deixa mais a correção do conteúdo do contrato entregue à ficção da declaração livre da vontade e à liberdade de celebrar contratos” (HABERMAS, 2011, p. 141).

Um programa jurídico é discriminador, quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas; ou paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades (HABERMAS, 2011, p. 157).

Afinal, nem sempre a igualdade de direito reflete a igualdade de fato; devendo-se, portanto, decidir caso a caso quando o tratamento de determinada questão exigirá uma equiparação fática. A equiparação fática, por sua vez, não pode dar-se de forma paternalista, de cima para baixo. É que, como insiste Habermas, os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e, inclusive, capazes de atualizar a proteção do direito. Isto é, os cidadãos devem ter competência para mobilizar o direito.

O paradigma procedimentalista coloca em relevo este duplo aspecto: de um lado a relação normativa entre igualdade de direito e de fato; de outro, a autonomia privada e pública.

Habermas utiliza-se de Iris Marion Young — uma destacada filósofa política estadunidense que se dedicou ao estudo de teorias de justiça e feminismo — para afirmar que os direitos têm a ver com o fazer, mais do que com o ter: “A justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva” (YOUNG<sup>70</sup>, 1990, p. 39 apud HABERMAS, 2011, p. 160). Da mesma forma, como abordado no primeiro capítulo desta tese, Nancy Fraser também destaca a necessidade de atendimento de três dimensões para a realização da justiça: a econômica (distribuição), a cultural (reconhecimento) e a política (representação).

Segundo a compreensão procedimentalista, “a concretização de direitos fundamentais constitui um processo *que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos*” (HABERMAS, 2011, p. 169). Trata-se de assegurar tanto a autonomia pública, quanto a privada, na medida em que elas pressupõem-se mutuamente.<sup>71</sup> Com efeito, “as liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente”

---

<sup>70</sup> YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, 1990.

<sup>71</sup> “O direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente” (HABERMAS, 2002, p. 286).

(HABERMAS, 2002, p. 290). É que as pessoas só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência.

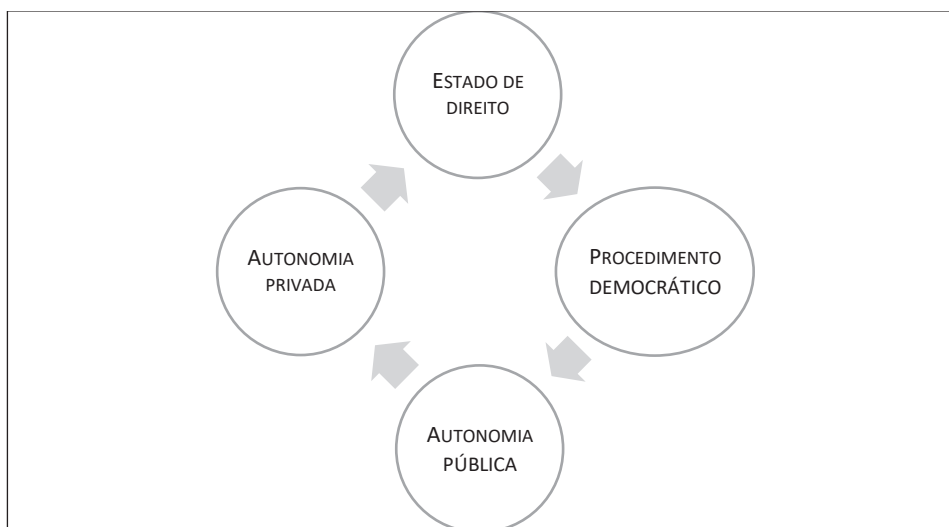
Nesse sentido, a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma liberal de direito, portanto não pode se limitar a proteger os cidadãos autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A própria autonomia privada requer mais do que isso, na medida em que ela depende “do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado” (HABERMAS, 2012, p. 326), que nada mais é do que sua autonomia pública, a qual é, enfim, determinada (ou proporcionada) pelo procedimento democrático.

Vê-se, portanto, que o objetivo central do paradigma procedimentalista do direito é o de “proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático” (HABERMAS, 2011, p. 183). Aí que Cláudio Ladeira de Oliveira (2006) afirma que a exigência que mais distingue este paradigma dos demais é a da participação de todos os concernidos na formulação pública de seus interesses e soluções de problemas, isto é, uma demanda por “democratização progressiva”. Nesse sentido, segundo essa compreensão democrática, Habermas (2011, p. 149-150) destaca que é preciso que:

a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajasse* na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais.

O procedimento democrático apresenta-se, hoje, no entender de Habermas, como a única fonte pós-metafísica da legitimidade, afinal, como o autor afirma no prefácio de “Direito e democracia”, “numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical” (HABERMAS, 2012, p. 13). Tem-se, aqui, mais um nexos conceitual amarrado por Habermas — ao lado dos nexos da igualdade de fato/igualdade de direito e da autonomia pública/autonomia privada — que é o do Estado de direito com a democracia.

Gráfico 2 - Paradigma Procedimentalista do Direito



Fonte: a autora.

Nota: a partir de HABERMAS (2011).

A relação entre Estado de direito e democracia resulta do fato de que em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegram, não se pode mais fundar a legitimidade em um direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica; nem em uma “ideia platônica, segundo a qual o direito positivo pode extrair sua legitimidade de um direito superior<sup>72</sup>” (HABERMAS, 2011, p. 310); e, tampouco, em uma posição empirista “que nega qualquer tipo de legitimidade que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras” (HABERMAS, 2011, p. 310). Ainda, nas condições do pensamento pós-metafísico, o próprio Estado perdeu sua substância sagrada, com isso, para que o Estado de direito não corra perigo, há que se defender sua democratização progressiva.

Resta saber, então, de onde o procedimento democrático tira sua força legitimadora e como se dá este processo. Com isso, passa-se ao estudo da teoria discursiva do direito de Habermas.

<sup>72</sup> O direito superior a que o autor se refere é o do preceituado pelo positivismo normativista de Hans Kelsen (1999), para quem o direito legitima-se a partir de sua concordância com a norma fundamental, que é uma ficção jurídica que serve justamente para servir como legitimação abstrata do direito.

## 4.2 Legitimidade do Direito pelo Caminho da Teoria Discursiva do Direito de Habermas

Habermas, para desenvolver sua teoria do direito, apoia-se na teoria do discurso. Segundo ele (2011), após a virada linguística<sup>73</sup>, é possível reinterpretar a compreensão deontológica da moral em termos de uma teoria do discurso. Com isso, “o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso” (HABERMAS, 2011, p. 309).

Segundo a teoria do discurso, o processo democrático possibilita a livre flutuação de temas, de contribuições, de informações e de argumentos e, com isso, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade. É por assegurar esse caráter discursivo da vontade que o processo democrático se apresenta como a única fonte da legitimidade da criação do direito.

Há duas considerações que, segundo Habermas, falam a favor do princípio da teoria do discurso: (i) do ponto de vista de uma teoria da sociedade, o direito preenche funções de integração social: “ele garante, através da estabilização de expectativas de comportamento, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos” (HABERMAS, 2011, p. 309); (ii) do ponto de vista da teoria do direito, as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da ideia de autodeterminação<sup>74</sup>, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatárias.

O princípio do discurso, formulado por Habermas, consiste justamente nisso: “são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas” (HABERMAS, 2011, p. 322). É dizer, o princípio do discurso submete a validade do direito ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte em

---

<sup>73</sup> A partir de Martin Heidegger (2012) diz-se que houve uma virada linguística, mormente no universo jurídico, porque ela deixou de ser considerada como meio entre sujeito e objeto, passando a assumir a condição de existência do intérprete, quer dizer, o intérprete é alguém inserido na linguagem. Após a virada, passou-se a entender a linguagem como um meio universal para compreender, pois pela linguagem há comunicação, interpretação e, conseqüentemente, compreensão. Hans-Georg Gadamer (1999) chega a afirmar que: “Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete”.

<sup>74</sup> A autodeterminação dos cidadãos é dividida em: autonomia pública, uso público das liberdades comunicativas; e autonomia privada, liberdade de arbítrio em limites garantidos juridicamente (uso privado das liberdades subjetivas).



“discursos racionais” (HABERMAS, 2012, p. 199). O caminho para se chegar ao discurso racional dá-se por meio de um procedimento democrático, o qual regula as negociações/comunicações/discursos sob o ponto de vista da imparcialidade.

Se a negociação de compromissos decorrer conforme procedimentos que garantem a todos os interesses iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca, bem como na concretização de todos os interesses envolvidos, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conformes à equidade (HABERMAS, 2012, p. 208).

Nesse sentido, o princípio do discurso assume — pela via da institucionalização jurídica — a figura jurídica de um princípio da democracia quando consegue atribuir a todos os atingidos igual direito à participação em processos coletivos de formação da opinião e da vontade. E, nessa medida, passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização (HABERMAS, 2012).

Ocorre que o processo democrático só promete uma racionalidade procedimental “imperfeita”, afinal não pode garantir um perfeito consenso entre os envolvidos. Com efeito, é impossível supor a produção de consensos via deliberação em sociedades tão plurais. A intenção é, nesse sentido, ultrapassar a ideia de que deliberações buscam sempre o consenso, de modo a conciliar o pluralismo e a deliberação.

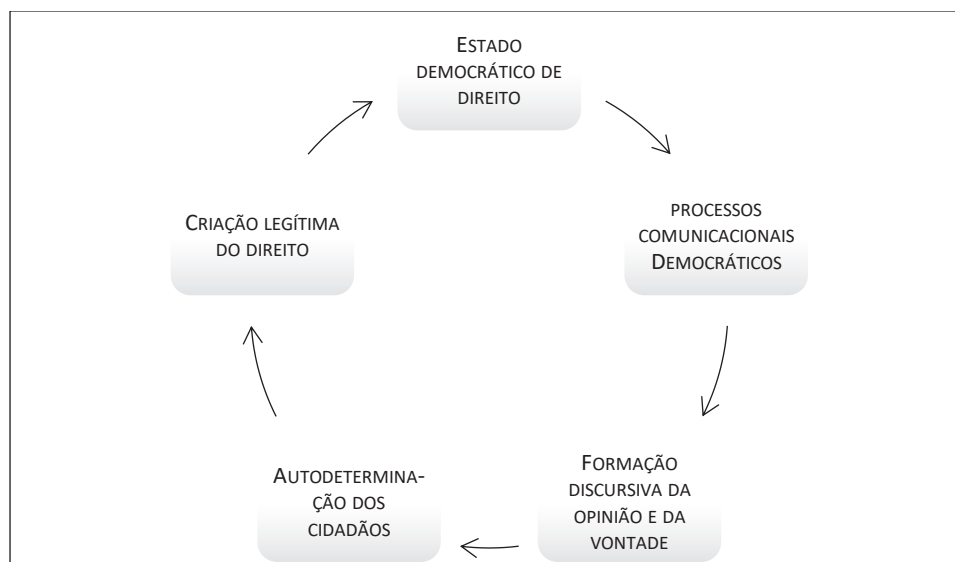
Por outro lado, a racionalidade do processo democrático é “pura, “sob a premissa de que, em princípio, os participantes considerem possível haver justamente uma resposta correta também para as questões de justiça” (HABERMAS, 2002, p. 324). É que o processo democrático está instituído de tal maneira que dá direito a supor resultados racionais, sem poder, entretanto, garantir a perfeita correção dos resultados. De fato, o processo democrático “justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais” (HABERMAS, 2011, p. 316).

Assim, a teoria do direito fundada no discurso entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais democráticos, isto é: de formas de comunicação que tornam possível a formação discursiva de uma vontade política racional, o que implica a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação (equiprimordialidade entre os direitos clássicos

da liberdade e os direitos políticos do cidadão), a qual possibilita, por seu turno, a criação legítima do direito.

É que os cidadãos, para poderem influenciar na esfera pública discursiva, devem ter sua autonomia pública assegurada, só que, para tanto, é mister que sua autonomia privada também seja plenamente assegurada, pois, como já se afirmou, ambas são co-originárias ou equiprimordiais (e, juntas, configuram a autodeterminação dos cidadãos). Esse raciocínio também se manifesta na gênese do direito vigente, pois “o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera política pública” (HABERMAS, 2012, p. 146).

Gráfico 3 - Formação Legítima do Direito (macro)



Fonte: a autora.

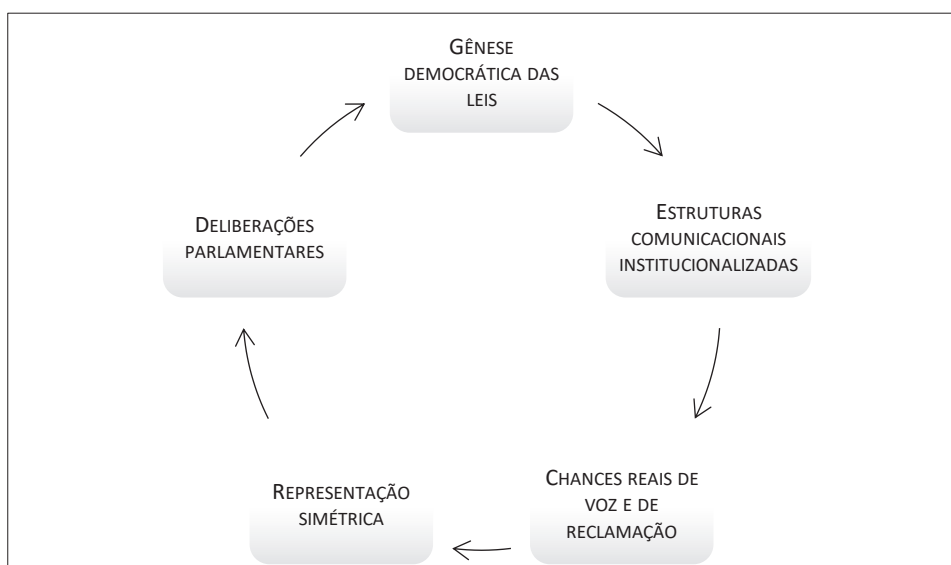
Nota: a partir de HABERMAS (2011).

A chave da visão procedimental do direito consiste nesse complexo circular que forma sua legitimação: “Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se” (HABERMAS, 2011, p. 146).

A ideia é a seguinte: as condições da gênese democrática das leis iniciam nas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passam, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes

e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.

Gráfico 4 - Condições para a gênese democrática das leis (micro)



Fonte: a autora.

Nota: a partir de HABERMAS (2011).

Essa ideia da autolegislação de cidadãos não pode “ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares” (HABERMAS, 2012, p. 353). Afinal, o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral. Na medida em que “discursos políticos se estendem a negociações e à generalização moral de interesses, o procedimento democrático não pode mais extrair sua força legitimadora do acordo prévio de uma comunidade ética pressuposta, e sim de si mesmo” (HABERMAS, 2012, p. 353).

É por isso que o princípio do discurso é, para Habermas, indiferente em relação à moral e ao direito e insiste em afirmar que:

a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias [concepção ética da autonomia do cidadão], e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o

processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos (HABERMAS, 2012, p. 345).

Diferente da moral, o direito serve como *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. O que não quer dizer que seus conteúdos não devam estar em harmonia com ideias morais. Ora, a vontade política de uma comunidade jurídica “é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e fins pragmaticamente escolhidos” (HABERMAS, 2012, p. 191).

Habermas (2012, p. 350), inclusive, chega a afirmar que: “para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica”. Afinal de contas, “o direito não é um sistema fechado narcisicamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da ‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal” (HABERMAS, 2012, p. 323). Dessa forma, o conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que “os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam” (HABERMAS, 2012, p. 256). Essa sobreposição dos conteúdos, entretanto, não “modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões” (HABERMAS, 2012, p. 256).

Enfim, para que o processo democrático de estabelecimento do direito tenha êxito, Habermas afirma que é necessário que os cidadãos “utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado *também* para o bem comum” (HABERMAS, 2012, p. 323), isto é o que ele chama de “uso público da razão”, o qual se opõe à utilização de uma razão orientada para a defesa de interesses próprios tão somente. Esse uso público da razão não pode ser imposto juridicamente, somente proposto politicamente.

Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa plural, a qual assume em si, de modo não-coagido e não-reduzido, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da

argumentação [forma reflexiva do agir comunicativo] (HABERMAS, 2012, p. 284).

Ao se apoiar em uma teoria procedimentalista, mede-se a legitimidade de normas jurídicas pela racionalidade do processo democrático de formação da legislação, que se deve apoiar na soberania do povo. A formação política da vontade dos cidadãos é que deverá culminar em decisões sobre políticas e leis. Nesse sentido, “o legislador político só pode utilizar suas autorizações de normatização jurídica para a fundamentação de programas de leis compatíveis com o sistema de direitos e acopláveis ao *corpus* das leis vigentes” (HABERMAS, 2012, p. 210). Sob esse aspecto jurídico, todas as resoluções têm que ser submetidas a um exame de coerência. Pois a unidade do direito precisa ser resguardada, por razões de sua própria segurança.

A inefetividade da igualdade formal e a estigmatização da diferença, segundo Jürgen Habermas (2011), podem e devem ser superadas pelo Estado democrático de Direito, ou, em outras palavras, pelo Direito produzido no interior de um Estado democrático, a partir de um “projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas” (HABERMAS, 2011, p. 126). Para tanto, há que se superar o paternalismo do Estado social, afinal, como insiste Habermas, os direitos só se tornam socialmente eficazes quando os atingidos são suficientemente informados e, inclusive, capazes de atualizar a proteção do direito. Isto é, os cidadãos devem ter competência para mobilizar o direito. Daí a necessidade de uma política compensatória, inclusive, de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a escolaridade, a representatividade política. Enfim, há a necessidade de estabelecer igualdade jurídica face às desigualdades de fato, de modo que “autonomia não pode significar desregulação, mas regulação no sentido da emancipação” (RODRIGUEZ, 2015). As pessoas só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência.

Entende-se, assim, que o Direito possui, sim, uma potencialidade de promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas. Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 32), “a mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las”.

Realmente, conforme coloca Mireille Delmas-Marty (2014), a normatividade jurídica influencia as concepções da normalidade social, indicando onde está a normalidade; de modo que a regra jurídica, transmutada em padrão, em medida da

normalidade, “contribui para fazer aceitar como normais alguns comportamentos, ou, ao contrário, a desqualificar outros a partir de então considerados como anormais” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 62). É o que o Pierre Bourdieu (2002) chama de “efeito de normalização” da norma jurídica. Segundo o autor, “a instituição jurídica contribui, sem dúvida, universalmente, para impor uma representação da normalidade em relação à qual todas as práticas diferentes tendem a aparecer como desviantes, anômicas, e até mesmo anormais, patológicas” (BOURDIEU, 2006, p. 247). O sociólogo destaca, ainda, entre os efeitos propriamente simbólicos do direito, o “efeito de oficialização”, que se dá com o “reconhecimento público de normalidade que torna dizível, pensável, confessável, uma conduta até então considerada tabu (é o caso, por exemplo, das medidas que dizem respeito à homossexualidade)” (BOURDIEU, 2006, p. 247).

#### **4.3 Papel do Direito Penal para a Emancipação Social**

Pensar no papel do direito penal para a emancipação social é sempre mais conflituoso. Afinal, a dinâmica do Direito penal em si já envolve um dilema. Como diz Mireille Delmas-Marty (2004), está no âmago do direito penal atentar contra direitos fundamentais do indivíduo, começando pelo ir e vir livremente; e, todavia, o sistema penal busca exercer também uma função de proteção dos direitos fundamentais.

Tanto que um dos campos mais conflituosos dentro da própria luta social pela igualdade ou pela superação do preconceito está nas demandas dos movimentos sociais pela criminalização de condutas preconceituosas ou discriminatórias. Os ativistas falam com tranquilidade sobre educação, direito civis e até descriminalização de condutas, mas quando se trata de expansão do direito penal os discursos tendem a ficar mais delicados e cautelosos.

Pensar o papel do direito penal para o enfrentamento de conflitos motivados por preconceito, implica enfrentar um verdadeiro dilema que envolve duas realidades bastante problemáticas: de um lado, temos a realidade social, que se mostra violenta, preconceituosa e discriminatória (principalmente em detrimento de alguns grupos sociais); e, de outro, a realidade penal, que é seletiva, encarceradora, simplificadora dos problemas sociais, é dizer, igualmente violenta, preconceituosa e discriminatória.

As três perspectivas teóricas desenvolvidas na tese até aqui – teoria dos movimentos sociais, mobilização do direito e teoria crítica – ajudam a enfrentar este dilema. Em primeiro lugar, parte-se da premissa concreta e pragmática de que o direito penal existe. Isto é, o foco de análise aqui não é o de questionar a existência do direito penal e que outro sistema se poderia colocar no lugar. Tampouco o foco é de analisar a operacionalidade do sistema penal, a fim de propor modificações. Claro que ambas as linhas de investigação mencionadas acima são pertinentes e extremamente necessárias – seja para melhorar o sistema penal, seja para pensar em outro sistema melhor – mas o foco da análise aqui proposta se dá na utilidade ou legitimidade de criminalizar determinadas condutas. Novamente, em uma sociedade em que existe direito penal e que ele define crimes, crimes motivados por preconceito devem ser criminalizados de forma específica?

Em segundo lugar, como não poderia deixar de ser, o dilema será enfrentado também desde o ponto de vista dos atores sociais. Isto é, levar-se-á em conta o discurso produzido no interior dos movimentos sociais que demandam esta espécie de criminalização.

José Rodrigo Rodríguez (2015) sintetiza bem esta perspectiva quando diz que:

[...] uma coisa é debater, em abstrato, a racionalidade penal e seus supostos efeitos deletérios. Esse é um debate propriamente utópico que se dá descolado de qualquer contexto, das opções políticas enfrentadas pelos agentes sociais reais e do significado social que cada alternativa adquiriu no processo de luta por direitos [...] Coisa muito diferente é debater as estratégias regulatórias postas na mesa, ou seja, debater a partir do ponto de vista dos atores sociais reais e suas alternativas no contexto dos embates que enfrentam e das instituições como elas existem atualmente (RODRIGUEZ, 2015, p.).

Até porque se a discussão, aqui, fosse levar em conta especificamente a operacionalidade do sistema penal, rapidamente se concluiria que não há razão para a criminalização de qualquer conduta, seja contra a vida ou o patrimônio (RODRIGUEZ, 2015). Não é este o nível de análise que se propõe aqui, em que se parte do pressuposto de que a gramática penal existe e é bastante mobilizada pela sociedade e, inclusive, por movimentos sociais.

Ora, os movimentos que representam pessoas que vivenciam uma violência específica e sistemática pelo simples fato de serem quem são estão lutando pela sua superação, e, para tanto, utilizam as estratégias postas na mesa, dentre elas, o Direito

penal. Esta é a perspectiva da tese, pensar o direito penal conjuntamente, a partir de seu papel real na sociedade atual.

Como já foi desenvolvido acima, o direito é uma forma poderosa de criar significados sociais, e o Direito penal, por sua vez, tem o potencial de tornar ainda mais visíveis esses significados. Veja-se, nesse sentido, a reflexão de Delmas-Marty (2004, p. 62): “uma palavra dita pelo direito é tanto mais atuante em direito penal quanto mais a incriminação for também denominação”.

Por outro lado, há o entendimento de que nesta seara, o Direito penal estaria exercendo um perverso papel simbólico<sup>75</sup>, atuando, por isso, negativamente no enfrentamento dessas temáticas. Isso porque, coloca Eliane Degani (2008, p. 15): “o fato de impingir a igualdade, por meio da punição, acentuaria a idéia de inferioridade de determinados grupos, em razão de suas diferenças [...]. Desse modo, não estaria eliminado o preconceito, mas, sim, tornadas dissimuladas as práticas discriminatórias”. A autora (DEGANI, 2008, p. 126-7) conclui, ainda, que “subjugar o preconceituoso a um preconceito tal qual o por ele engendrado, além de não resolver o problema, permite sua reprodução nos interstícios das relações sociais”.

A fim de conceituar o que seria uma legislação simbólica, Neves (2011) abre seu livro com as diversas possibilidades de significados da palavra “simbolismo”, dentre as quais, destaca-se a concepção freudiana, que distingue entre significado latente e significado manifesto, identificando-se, assim, na legislação simbólica a prevalência do significado latente sobre o manifesto. A partir dessa reflexão, Neves apresenta uma definição de legislação simbólica: “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, 2011, p. 30). Sendo que as finalidades da lei não são as intenções do legislador, modelo que Neves entende simplificador, mas, sim, os “interesses sociais que as possibilitaram” (NEVES, 2011, p. 31).

De fato, como já desenvolvido nos capítulos iniciais desta tese, as leis têm finalidades e eficácias para além da normatividade. Ora, as normas jurídicas são instrumentais que rendem muito mais nas mãos das pessoas – como repertório de palavras consagradas, já que inscritas nos códigos, que encerram uma narrativa

---

<sup>75</sup> “Significa dizer que se engajam numa maneira impulsiva e irrefletida de ação, evitando o reconhecimento realista de problemas subjacentes, sendo que a própria reação provê alívio e gratificação” (GARLAND, 2008, p. 281).



mestra das nações – nas suas relações cotidianas, do que em sua produtividade propriamente normativa, em sentenças proferidas por juízes (SEGATO, 2016). Por isso não se pode negligenciar este efeito simbólico, extranormativo, que possui, sim, capacidade de impactar e modelar a sensibilidade ética das pessoas (SEGATO, 2016).

A luta pela descriminalização/criminalização do aborto pode ilustrar esta questão. A propósito, é citado tanto por Neves (2011), como por Segato (2016). Sabe-se que abortos ocorrem independentemente da criminalização inscrita na lei – “as pessoas sabem que as violações ao artigo que proíbe aborto são muito frequentes e que punições ocorrem apenas em casos excepcionais” (NEVES, 2011, p. 34). A disputa pela descriminalização/criminalização do aborto é muito mais de ordem política e discursiva. É dizer, não se trata de uma luta para que seja possível/proibida a prática (afinal a lei por si não tem capacidade para controlar isso), mas uma luta pelo acesso à narrativa jurídica de dois coletivos que pugnam obter reconhecimento e capacidade de influência no cenário nacional (SEGATO, 2016). Uma dessas partes é o Estado Vaticano e sua representação e outra o movimento feminista. Para Segato, “a pesar del antagonismo, una posición es auténtica y la otra es inauténtica con relación al contenido que invocan para su accionar político” (SEGATO, 2016, p. 129). Pois uma parte luta em defesa da vida das mulheres, a outra para afirmar uma identidade e marcar território dentro da nação, como dominada pelo controle da Igreja. Esta tese concorda com a conclusão de Segato, afinal se o fim último do direito é a manutenção das condições democráticas, ele deve, neste caso, alinhar-se à demanda das mulheres, que envolve a defesa de suas vidas, algo – desnecessário dizer – fundamental para a vida em sociedade.

Enfim, voltando à legislação simbólica, é preciso dizer que este tipo de legislação – que está por trás da lei do aborto – é apenas uma das possibilidades de uma legislação simbólica. Kindermann<sup>76</sup> (1988, p. 230 *apud* NEVES, 2011, p. 33) propõe um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, a depender de seu conteúdo, que poderá ser, então: (i) no sentido de confirmar valores sociais, (ii) no sentido de demonstrar a capacidade de ação do Estado, e (iii) no sentido de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

---

<sup>76</sup> KINDERMANN, Harald. “Symbolische Gesetzgebung”. In: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*. Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245.

(i) Quanto à confirmação de valores sociais, trata-se de leis exigidas pela necessidade de que a/o legislador/a tome uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Neste tipo que estariam as leis relacionadas ao aborto.

Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinado valor vêm a 'vitória legislativa' como uma forma de reconhecimento da 'superioridade' ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei (NEVES, 2011, p. 33).

Dentre os exemplos apresentados pelo autor desse tipo de legislação, estão a já citada lei do aborto, a lei seca nos Estados Unidos<sup>77</sup>, e a legislação sobre estrangeiros, sobretudo na Europa:

O debate a respeito de uma legislação mais rigorosa ou mais flexível em relação aos estrangeiros seria predominantemente simbólico: nesse caso, a legislação teria uma força simbólica muito importante, na medida em que influenciaria a visão que os nacionais têm dos imigrantes — como estranhos e invasores, ou como vizinhos, colegas de trabalho, de estudo,...e, portanto, 'parte da sociedade'. Primariamente, a legislação funciona então como 'etiqueta' em relação à figura do imigrante estrangeiro (NEVES, 2011, p. 34- 5).

Neves reconhece que a legislação simbólica destinada à confirmação de valores sociais tem sido tratada como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses, constituindo-se, assim, num "caso de política simbólica por 'gestos de diferenciação', os quais 'apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outro dentro da sociedade'" (GUSFIELD, 1986<sup>78</sup>, p. 172 apud NEVES, 2011, p. 35).

(ii) No que tange à legislação-álibi, trata-se de fortificar a confiança dos cidadãos nos sistemas político e jurídico. Nesse caso, "o legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas" (NEVES, 2011, p. 36). Essa atitude legiferante serve, em verdade, como um álibi de que o Estado é sensível às exigências dos

---

<sup>77</sup> "[...] os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de status" (NEVES, 2011, p. 34).

<sup>78</sup> GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. 2. ed. Urbana/Chicago: University of Illinois Press.

cidadãos e está fazendo algo para solucionar os problemas. Um exemplo clássico desse tipo de legislação são as reformas penais que surgem como reação simbólica à pressão por uma atitude mais drástica contra determinados crimes.

[...] em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um alibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor (NEVES, 2011, p. 38).

É claro que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, mas a legislação-álibi é vendida como se fosse a solução, quando, em verdade, obstrui o caminho para que os problemas sejam resolvidos (NEVES, 2011).

(iii) A legislação simbólica também pode advir como fórmula de compromisso dilatatório, servindo para adiar a solução de conflitos sociais. Ocorre quando, diante de divergências entre grupos políticos, aprova-se, consensualmente, uma lei simbólica que não resolverá o conflito e que justamente por isso é aprovada.

Um exemplo desse tipo de lei citado por Neves é o da lei norueguesa sobre empregados domésticos – cuja semelhança com o caso brasileiro não é coincidência:

A função manifesta dessa Lei teria sido a regulamentação de relações de trabalho; instrumentalmente o seu fim haveria sido a melhora das condições de trabalho dos empregados domésticos e a proteção de seus interesses. A suavidade das normas sancionadoras a serem aplicadas às donas de casa nas hipóteses de violação do diploma legal, dispositivos punitivos cujas dificuldades de aplicação decorriam da própria lei, constituía um fator importante para garantir a sua ineficácia (NEVES, 2011, p. 41-2).

Conclui-se, novamente, que a eficácia e a efetividade não esgotam o problema dos efeitos da legislação, haja vista que as normas produzem outros efeitos, indiretos ou latentes, que poderão estar vinculados ou não à sua efetividade e eficácia (NEVES, 2011). A legislação simbólica “produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica” (NEVES, 2011, p. 53), conforme o tipo de legislação simbólica, variarão os seus efeitos.

Quanto à legislação destinada à confirmação de valores sociais, podem-se distinguir três efeitos socialmente relevantes: (i.i) trata-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e norma

valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos; (*i.ii*) a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe seriam específicas<sup>79</sup>; (*i.iii*) distingue, com relevância institucional, quais as culturas têm legitimação e dominação pública (dignas de respeito público) das que são consideradas desviantes (degradadas publicamente), sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos (NEVES, 2011)

No que concerne à legislação-álibi destaca-se os efeitos político- ideológicos; e, quanto à legislação dilatória, resta o efeito de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes.

Portanto, esta tese se alinha aos trabalhos que não concebem o efeito simbólico como algo necessariamente negativo. José Luis Díez Ripollés (2015, p. 46-47) endossa a crítica aqui desenvolvida, quando adverte para o equívoco do pensamento penal anclado no modelo garantista – no qual, a propósito, ele se insere a maior parte dos penalistas modernos, assim como ele mesmo, com o que desenvolve uma autocrítica a suas produções anteriores – que desqualifica a utilização do direito penal sempre, inclusive quando se tem dados de que a intervenção penal tenha mostrado uma eficácia aceitável e sem colocar em perigo princípios básicos. Caso em que cita como exemplo a utilização do direito penal no âmbito da violência doméstica.

Segundo percepção de Massimo Donini (2010), há uma importante mudança de concepção a respeito do conceito de “Direito penal simbólico”, que, durante muito tempo, foi utilizada tão-somente em termos negativos, como sinônimo de Direito penal inútil. Em suas palavras:

atualmente, me parece que se pode registrar uma atitude mais prudente e realista: ainda que se mantenha a existência do fenômeno patológico das leis penais inúteis, que nascem como puro instrumento de uma política de consenso desinformado da massa de cidadãos, é de se admitir também que o Direito penal, desde sempre, tem desenvolvido um importante papel simbólico que nenhum outro ramo do ordenamento jurídico possui. Um papel de estigmatização dos

---

<sup>79</sup> “Daí resulta que a conduta considerada ilegal tem mais dificuldade de impor-se do que um comportamento lícito; supõe-se, aqui, função instrumental para o direito, mesmo em havendo ‘evasão padronizada’” (NEVES, 2011, p. 54).

comportamentos ilícitos e de estabilização dos valores públicos, abrangida a moralidade pública (DONINI, 2010, p. 94, tradução da autora).

Aí está a questão que se pretende encarar no próximo tópico: diferenciar uma lei penal que nasce a partir de uma política criminal desinformada, que só trará efeitos negativos, a que se denominará uma tendência político-criminal “populista punitiva”; de uma lei que nasce a partir da constatação de um problema social real, que necessita ser enfrentado e que, para tanto, se utiliza do direito penal. Neste caso, por mais que haja expansão penal, denominar-se-á como uma tendência político-criminal “realista de esquerda”, conforme se aprofundará no próximo capítulo (assim como outras dimensões de análise que serão necessárias para proceder a esta diferenciação).

#### **4.4 Conclusões Parciais**

Desde a década de 1930, há, no interior da teoria crítica, pesquisas que visualizavam o direito como um instrumento com potencial para a emancipação social. Com destaque para Franz Neumann, que, conforme apontado por Jose Rodrigo Rodriguez, em tese sobre o autor, concebia o direito como elemento central “para a reprodução social e para a luta socialista quando institucionaliza procedimentos públicos e controláveis para a tomada de decisões que afetam a sociedade como um todo” (RODRIGUEZ, 2006, p. 26).

Neumann forneceu aportes que foram posteriormente desenvolvidos por Habermas já em outro contexto político na Europa, mas que manteve uma concepção emancipatória em torno ao direito. Em “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, Habermas dedicou-se explicitamente ao estudo do direito, momento em que desenvolveu sua compreensão procedimentalista do direito e debruçou-se sobre debate em torno à legitimação do sistema jurídico.

Sua teoria é apoiada no princípio do discurso, segundo o qual as normas jurídicas são válidas na medida em que todos os possíveis afetados por ela puderam participar no discurso racional de sua criação. Para tanto, deve-se garantir uma participação equitativa entre os diversos grupos na esfera pública, de modo a preservar um verdadeiro procedimento democrático.

Dessa forma, assim como o direito retira sua legitimação do procedimento democrático, ele também deve garantir esse mesmo procedimento, por meio de um sistema de direitos que assegure a igualdade de participação no processo de formulação da lei. Aí que a teoria de Habermas se aproxima desta tese, na medida em que se está aqui defendendo a importância e a legitimidade da mobilização dos movimentos sociais como estratégia positiva/producente para a luta social. Não só positiva, agora, como condição para sua própria legitimidade.

Conforme conclui Rodriguez (2006), é tarefa central para uma teoria crítica do direito “descrever e reconstruir racionalmente o ordenamento jurídico com o objetivo de defender projetos de juridificação” (RODRIGUEZ, 2006, p. 165). É que, ao desdobrar as afirmações de Neumann, Rodriguez inferiu que:

O direito em abstrato é apenas potencialmente emancipatório. Ainda durante a República de Weimar, nosso autor percebeu que o ativismo jurídico depende estreitamente do momento da aplicação. A existência da forma direito e suas instituições encerra um potencial emancipatório que a ação dos movimentos sociais pode ou não colocar em ato. Este potencial está estreitamente ligado à natureza das demandas dirigidas às instituições. Sem o desenvolvimento de projetos de juridificação emancipatórios é impossível provocar mudanças na regulação que impliquem maior controle social sobre os rumos da sociedade (RODRIGUEZ, 2006, p. 173)

Quer dizer, a crítica não deve se dar exclusivamente no nível abstrato do direito, mas em objetos regulatórios específicos (por isso a importância das especificações que se tem feito na teoria crítica, como a teoria crítica racial, feminista e *queer*, por exemplo, que vem a escancarar, cada uma, suas especificidades). De qualquer forma, em última análise, Rodriguez conclui que “a pretensão da crítica é institucionalizar-se para diminuir o intervalo entre as demandas por justiça e a imperfeição do direito existente, num processo incessante de reforma institucional” (RODRIGUEZ, 2006, p. 174).

Aí chega-se na questão proposta por esta tese, que busca entender se é possível defender a legitimidade do Direito penal antidiscriminatório e, portanto, das demandas pela criminalização do racismo, da violência de gênero, da LGBTQfobia provenientes dos movimentos sociais implicados. Isto é, se há um defensável (legítimo) efeito simbólico e promocional do Direito penal na luta antidiscriminatória.

Como visto, boa parte das lutas sociais tomaram a forma de disputas pela positivação de direitos, e, segundo a leitura da mobilização do direito e da teoria crítica

do direito, este campo possui potencial de auxiliar nas lutas sociais. A reflexão em torno da legitimidade do direito (penal) para a emancipação, entretanto, não deve se dar em um nível abstrato.

Haverá legitimidade na medida em que a lei penal for, de fato, resultado das demandas e discursos produzidos no interior dos movimentos sociais implicados. Desde este ponto de vista, conclui-se que é, sim, possível haver um defensável efeito simbólico na criminalização dos conflitos sociais decorrentes de preconceito.

Tal conclusão ainda não é suficiente. É necessário, por fim, aprofundar no campo concreto dos crimes motivados por preconceito (ou crimes de ódio) a fim de delimitar o objeto a ser criminalizado. O que será feito no próximo capítulo, juntamente com a proposta da tese para análise de políticas criminais legítimas, que propõe a distinção entre populismo punitivo e realismo de esquerda.

## **5 LUTAS SOCIAIS E POLÍTICA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES DE ÓDIO E O DIREITO PENAL ANTIDISCRIMINATÓRIO**

As políticas criminais têm passado, hoje, por adequação às transformações da sociedade, do Estado e da criminalidade, com o que modificações conjunturais mais ou menos profundas no ordenamento penal vêm ocorrendo. Advém, assim, a necessidade de compreender e dar ênfase à estrutura real das novas formas e dinâmicas do Direito penal e da política criminal.

Dentre os âmbitos que apresentam maiores mudanças está o do direito penal antidiscriminatório, entendido como aquele que tem por finalidade intervir sobre comportamentos que suponham um tratamento depreciativo ou violento sobre determinadas pessoas ou grupos por apresentarem traços de identidade que lhes colocam numa posição desigual na sociedade. Campo, este, que vem ingressando nas agendas pública nacional e internacional, muito por decorrência da atuação dos movimentos sociais implicados.

Este capítulo, que encerra a primeira parte desta tese, dedicar-se-á, enfim, ao campo da política criminal e do direito penal antidiscriminatório, objeto de análise na segunda parte da tese. Ele está dividido em três subtítulos: no primeiro (4.1), são apresentados os diagnósticos e os modelos de análise de política criminal que têm despontado na doutrina (tanto estrangeira, quanto nacional), para, ao final, propor o modelo de análise que se aproxima de alguns aspectos e se diferencia de outros.

No segundo subtítulo (4.2), apresenta-se as características do direito penal antidiscriminatório, sobretudo no que tange à delimitação dos crimes que este campo se empenha em regulamentar, os chamados crimes de ódio, de discriminação ou motivados por preconceito. Por fim, no terceiro subtítulo (4.3), são apresentadas as conclusões parciais do capítulo.

### **5.1 Tendências Político-Criminais: Diagnósticos e Modelos de Análise**

Neste tópico são delineadas as perspectivas de análise das tendências político-criminais, as quais fornecem instrumental para a construção da perspectiva de análise desta tese. Ele está dividido em quatro partes.



As três primeiras partes dedicam-se a apresentar três ordens de modelos analíticos: (i) o desenvolvido por David Garland (em “The culture of control”, 2001<sup>80</sup>), que utiliza as categorias político-criminais “moderação” e “punitivismo”; (ii) o desenvolvido por José Luís Díez Ripollés (em “Política criminal en la encrucijada”, 2015<sup>81</sup>), que se contrapõe à primeira e propõe, por outro lado, a utilização das categorias de política criminal “inclusiva socialmente” e “excludente socialmente”, em que leva em conta os efeitos de uma dada política criminal; e (iii) o estado da arte no Brasil em torno às análises sobre a política criminal brasileira e seus diagnósticos, de modo a apontar como esta tese se aproxima e se distancia dessas produções.

A partir desses modelos e levando em conta a teoria de base, é apresentado, na quarta parte, o modelo analítico desta tese, que trabalha com a hipótese de que nem toda expansão do direito penal é irracional, inútil ou populista; diferenciando, aí, as categorias “populismo punitivo” e “realismo de esquerda”.

Intenta-se, em última análise, para além de um diagnóstico, contribuir para a concretização de uma política criminal democrática, inclusiva e efetiva.

#### 5.1.1. Modelo Analítico Proposto por David Garland: Dimensão Rigor/Moderação Penal

Um dos mais influentes estudos a respeito de tendências político-criminais é o realizado por David Garland, publicado em 2001 sob o título “*The culture of control*”<sup>82</sup>. Esse estudo tem por objetivo apresentar as mudanças ocorridas na política criminal (ou no campo do controle do crime, como prefere o autor) dos Estados Unidos da América (EUA) e da Grã-Bretanha quando da passagem do que ele chamou de modernidade penal (do final do século XIX até 1970) para a pós-modernidade (de 1980 em diante). A importância da abordagem histórico-comparativa é a de desnaturalizar as atuais escolhas político-criminais, pois pode demonstrar que num passado próximo havia outro modo de controle do crime.

---

<sup>80</sup> Versão brasileira: *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>81</sup> Versão brasileira: *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>82</sup> Versão brasileira: *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Garland fundamentou sua análise político-criminal nos fatores históricos e nas mudanças sociais que influenciaram o campo. Isso porque ele parte do pressuposto de que o campo do controle do crime é resultado de escolhas políticas e de decisões administrativas, ambas assentadas sobre determinada estrutura de relações sociais e informadas por padrões de sensibilidades culturais (GARLAND, 2008).

Ele encontrou dois modelos de controle do crime, concebendo, portanto, duas categorias de política criminal: o “previdenciariismo penal” e o “populismo punitivo”. A primeira categoria é utilizada pelo autor para denominar a política criminal vigente no final do século XIX até 1970 (período concebido pelo autor como o modernismo penal) e a segunda, o período subsequente, isto é, de 1980 até pelo menos o início do século XXI, característico do que o autor chama de pós-modernismo penal.

Segundo descreve o autor, a modernização do controle penal e da justiça criminal, que advém, por sua vez, em oposição aos modos tradicionais e privados de controle do crime, ocorreu por meio de processos híbridos de diferenciação, estatização, burocratização e profissionalização da polícia, do processo e da penalização. Pode-se dizer, então, que a estrutura penal moderna combinava “o legalismo liberal do devido processo legal e da punição proporcional com um compromisso correcionalista de reabilitação, bem-estar e o saber criminológico especializado” (GARLAND, 2008, p. 93).

Este modo de controle do crime partia, segundo o autor, de dois axiomas: (i) de que a reforma social e a prosperidade econômica acabariam por reduzir a frequência do crime; e (ii) de que o Estado é o responsável por cuidar dos criminosos, bem como por sua punição e seu controle (GARLAND, 2008). Tem-se, com isso, um novo estilo de exercício do poder.

Esse estilo, amparado no saber especializado (dos então emergentes especialistas sociais) e nas técnicas de regulação, trazia uma combinação de humanitarismo e motivações utilitárias. É o que o autor chamou de “previdenciariismo penal”. Isso porque são compromissos do modernismo: a fé na razão científica, a perfeição do homem, o racionalismo tradicional, a utilização de medidas individualizadas, corretivas, cuidadosamente adaptadas ao caso concreto, assim como tratamentos. Com isso, expressões explícitas de punitivismo se fizeram cada vez mais escassas.

Apesar disso, adverte o autor para o fato de que “obviamente, os sentimentos punitivos não desapareceram. Foram, pelo contrário, reprimidos, empurrados para a

sombra, considerados embaraçosos em circuitos ilustrados” (GARLAND, 2008, p. 114). Quando, na verdade, o controle governamental do crime continuava a focar mais na punição reativa de criminosos do que na prevenção social do crime; tratando mais das consequências do que das causas (GARLAND, 2008).

Na metade da década de 1970, o apoio ao previdenciarismo penal começou a ruir, em razão da pressão feita por um ataque continuado a suas premissas e práticas (críticas ao correccionalismo, às penas indeterminadas e ao tratamento, por exemplo). Esse movimento, inicialmente, visava a ampliar os direitos dos presos, minimizar o encarceramento, restringir o poder estatal e a proscrever a prisão cautelar; mas, como se verá, desaguou em políticas que postulavam exatamente o contrário. A partir de então houve uma rápida e marcante guinada na filosofia e nos ideais penais, culminando no que o autor chamará de “populismo punitivo”. (GARLAND, 2008).

O colapso da fé no correccionalismo iniciou uma onda de desmoralização, que minou a credibilidade das instituições do controle do crime, e foi alimentada, ainda, pelo grande aumento nas taxas de criminalidade nas décadas de 1970 e 1980.

Tal movimento teria, segundo Garland (2008), gerado o efeito de unir a esquerda, a direita, o centro, os liberais, os radicais e os conservadores na negação ao correccionalismo e à reabilitação (GARLAND, 2008).

Garland traz todo um conjunto de mudanças sociais para explicar o desenrolar desta alteração político-criminal. Seriam as forças transformadoras, as quais, segundo o autor, podem ser divididas em dois grupos: (i) a chegada da pós-modernidade, que transformou algumas das condições sociais e políticas sobre as quais se assentava o campo do controle do crime moderno, trazendo novos problemas de crime e inseguranças; e (ii) as políticas do pós-previdenciarismo, que produziram um novo conjunto dominante de política,positor ao previdenciarismo e dos ideais sociais e culturais, decorrente da emergência de novas sensibilidades (medo, indignação e hostilidade). Escolhas políticas, essas, adverte o autor, que “não foram em absoluto inevitáveis” (GARLAND, 2008, p. 183).

Assim, a partir da crise do previdenciarismo penal, “um dilúvio de novos programas e de iniciativas políticas tomou a cena, propondo novos objetivos institucionais, novos regimes penitenciários e de policiamento e novas concepções sobre o problema do crime e sua solução” (GARLAND, 2008, p. 241). Por isso, pode-se dizer que o campo do controle do crime, nos anos 1980 e 1990, testemunhou um processo constante de fermentação e reforma.

A verdade é que, nesse período, configurou-se um novo dilema político, composto por dois fatos sociais: (i) a normalidade de altas taxas de criminalidade, isto é, o crime não é mais concebido como um fenômeno anormal, mas como uma possibilidade sempre presente; e (ii) as reconhecidas limitações do Estado de justiça criminal (sua baixa efetividade), que fizeram surgir uma atitude nova e pessimista de que “nada funciona”. A partir desse dilema é que as respostas do crime têm sido configuradas.

O resultado, segundo Garland:

É uma série de políticas esquizofrênicas, que parecem conflitar entre si. Por um lado, tem-se tentado enfrentar o dilema e procurado desenvolver novas estratégias pragmáticas, adaptadas a ele: através de reformas institucionais tendentes a superar os limites do Estado de justiça criminal, ou através de acomodações que reconheçam estas limitações e as trabalhem (GARLAND, 2008, p. 249).

Por outro lado, há reações politizadas em outros dois sentidos: um que nega abertamente o dilema e reafirma o velho mito do Estado soberano e seu poder punitivo pleno; e outro que abandona a ação racional, instrumental, descrito pelo autor como atuação simbólica. Nesse momento, então, Garland fornece um modelo analítico de política criminal, ao identificar três tipos de respostas com as quais os Estados estão conformando suas políticas criminais na pós-modernidade: (i) respostas de adaptação; (ii) respostas de negação; e (iii) respostas simbólicas.

As respostas de adaptação, que eram bastante utilizadas antes da virada dos paradigmas moderno ao pós-moderno, caracterizam-se por decisões administrativas sequenciais e de baixa visibilidade, que visam a inserir o controle social no tecido social da vida cotidiana, reduzir os efeitos criminógenos das transações econômicas, proteger vítimas recorrentes. O autor elenca as seis principais formas de adaptação: (i) racionalização da justiça; (ii) comercialização da justiça; (iii) restrição da criminalização; (iv) redefinição do êxito; (v) concentração sobre as consequências; e (vi) redistribuição das responsabilidades pelo controle do crime.

Paralelamente a essas respostas adaptativas, a máquina política do Estado “se engajou numa espiral de fuga e negação de forma quase histérica, no sentido clínico do termo” (GARLAND, 2008, p. 279). Ou seja, em vez de reconhecer os limites do Estado e procurar adaptar-se a eles, a agenda política persiste em restaurar a confiança pública na justiça criminal, afirmando os valores da disciplina moral, da

responsabilidade individual e do respeito pela autoridade. Isto é, na política criminal o imperativo residia na reimposição de controle, normalmente por meio de medidas punitivas.

Segundo Garland, as respostas de negação desprezam “as evidências de que o crime não reage rapidamente a punições duras, a novos poderes policiais ou ao maior recurso ao encarceramento, as legislaturas têm recorrentemente adotado uma postura punitiva de ‘lei e ordem’” (GARLAND, 2008, p. 280). Negam, assim, as limitações já reconhecidas por suas próprias administrações e, ao invés de adaptação, procedem à reafirmação e à expansão do controle penal.

A atuação simbólica, por sua vez, significa, para o autor, uma atuação impulsiva e irrefletida, que evita o reconhecimento realista de problemas subjacentes. São medidas instituídas para:

Simbolizarem ações expressivas, catárticas, de maneira a censurar o crime futuro, conquanto ruidosamente decantada, é frequentemente duvidosa e, em todo caso, menos importante do que sua habilidade imediata de representar o sentimento público, de proporcionar respostas instantâneas, de funcionar como medida retaliadora cuja virtude é sua própria existência (GARLAND, 2008, p. 282).

Esse tipo de resposta é tipicamente aprovada no calor da indignação popular frente a crimes violentos marcantes. Garland traz como exemplos de medidas simbólicas as seguintes legislações aprovadas nos anos 1990 nos EUA: as leis de Megan, *Three Strikes*, estatutos de predadores sexuais, reintrodução das prisões para crianças, registros de pedófilos, penas privativas de liberdade obrigatórias, reintrodução do acorrentamento coletivo de presos, instituições de tratamento, punições vexatórias e tentativas de reviver as penas corporais.

São leis desprovidas de racionalidade legislativa, que funcionam mais como gestos retaliadores alinhados ao senso comum. Segundo percepção do autor, ao que tudo indica, “a disposição de aplicar penas severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral” (GARLAND, 2008, p. 283).

Enfim, as mudanças estruturais desencadeadas a partir da crise do previdenciário penal e da passagem da modernidade para a pós-modernidade, conformou a política criminal denominada por Garland de “populismo punitivo”. A

Quadro abaixo procura ilustrar as modificações geradas por essa mudança de paradigmas político-criminais.

Quadro 3 - Sinais da Mudança

| <b>FINAL DO SEC. XIX - XX (Até 1970)</b>   | <b>1980/1990 – INÍCIO SÉCULO XXI</b>  |
|--|---|
| Previdenciário penal   | Populismo punitivo  |
| Reabilitação   | Retribuição/neutralização/gerenciamento de riscos   |
| Rechaça pensamento retributivista e punitivo   | Explicita pensamento punitivo e retributivista  |
| Racionalização da justiça criminal   | Dramatização da justiça criminal  |
| Vítima como um cidadão desafortunado, atingido pelo crime, cujo interesse se subsume ao interesse público  | Vítima é personagem representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em vez de ser considerada individual e atípica.         |
| Proteção do público raramente servia de motivação para a elaboração de políticas públicas  | Proteger o público se tornou o tema dominante da política criminal  |
| Interesse pela opinião de especialistas  | Interesse pela opinião pública: politização, eleitoralização e populismo  |
| “A prisão não funciona”  | “A prisão funciona”   |
| Pensamento criminológico passava por teorias psicológicas da anormalidade e teorias sociológicas (anomia, subcultura e rotulação): crime era um desvio da conduta normal | Teorias do controle/criminologia da vida cotidiana: escolha racional, atividade rotineira, crime como oportunidade e prevenção situacional do crime |
| X  | Expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade   |
| X  | Incremento da segurança privada   |
| X  | Novos estilos de gerência e de rotinas de trabalho  |
| X  | Perpétua sensação de crise  |
| Arcabouço intelectual definido: estruturas erigidas em sua forma liberal clássica + orientação correccionalista  | X   |

Fonte: MASIERO; CHIES-SANTOS (2014).

Nota: A partir de GARLAND, 2008.

Muitos pesquisadores – inclusive brasileiros, como Gazoto (2010), cuja tese é explorada no tópico (“4.1.3”) com o estado da arte no Brasil – defendem que o estudo de Garland reflete uma mudança que teria ocorrido em todas as culturas, ainda que com mais dominância nos EUA e na Grã-Bretanha. Outro aspecto importante da perspectiva proposta por Garland está na demonstração de que as políticas criminais são escolhas políticas, portanto não são naturais ou inevitáveis. E, como qualquer escolha política, está suscetível a dilemas e conflitos de interesses. Por isso, dirá Ana Claudia Cifali (2015, p. 250), “a descrição das recentes transformações no controle do

crime e na penalidade envolve uma variedade de práticas e teorias, muitas apontando o caráter volátil e ambíguo das estratégias atuais”.

Esta tese só não concorda com a perspectiva de que toda expansão penal seria decorrente de uma atitude político-criminal irracional por parte Estados e, portanto, populista punitiva. É que, ao produzir sua tipologia, Garland não delimita os âmbitos de intervenção do direito penal. Procedendo a uma análise quase que abstrata do direito penal como um campo sempre irracional. Sendo que, como se tem defendido nesta tese, é necessário levar em consideração os âmbitos de intervenção sobre os quais se quer refletir. Afinal de contas, não se pode negar que uma coisa é a intervenção penal sobre o furto e outra sobre o estupro, por exemplo.

#### 5.1.2 Modelo Analítico Proposto por José Luis Díez Ripollés: Dimensão Inclusão/Exclusão social

Outro pesquisador fundamental para análise de política criminal é o catedrático de Direito Penal da Universidad de Málaga e membro do “Grupo de Estudios de Política Criminal”, José Luis Díez Ripollés. Sob cuja orientação, a autora desta tese realizou período-sanduíche no Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, na Universidad de Málaga/Espanha.

Na segunda edição de seu livro “*La política criminal en la encrucijada*” (2015<sup>83</sup>), Díez Ripollés opõe-se ao modelo analítico de Garland e propõe outra tipologia político-criminal. Díez Ripollés defende que a hipótese de Garland de que todos os países ocidentais estariam caminhando para um endurecimento generalizado do sistema penal e, conseqüentemente, a uma política criminal mais rigorosa, não estaria se confirmando na realidade. Ele apresenta uma série de estudos<sup>84</sup> que demonstram que, nos países ocidentais, na verdade, conviviam e convivem modelos e tendências político-criminais distintos, inclusive contrapostos. O que corrobora com o ponto de vista adotado nesta tese; pois, de fato, a depender do

---

<sup>83</sup> Versão brasileira: Versão brasileira: *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>84</sup> “Nelken (2005): 218-219; (2010): 10, 57-59; Brown, D. (2005): 29, 35-42; Hinds (2005): 59-60; Moore/Hannah-Moffat (2005): 86-88; Meyer/O’Malley (2005): 201-203, 213-214; Roché (2007): 472, 476, 494-504, 540-545; Tonry (2007): 1-2, 38-40; Snacken (2007): 207-209; Webster/Doob (2007): 301-302; Lappi-Seppälä (2008): 313-314” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 145).

âmbito de intervenção (crimes patrimoniais ou “sexuais”, por exemplo, é natural que haja diferentes tendências no que tange à sua política criminal).

O enfoque do autor parte da análise da Europa Ocidental e procura demonstrar o grau de divergência político-criminal entre esses países e os EUA e a Grã-Bretanha, mas não é só: apesar de ter como marco analítico a Espanha, sua ideia é desenvolver uma tipologia que torne possível avaliar as políticas criminais de todos os países, sobretudo em uma perspectiva comparativa. Para tanto, inicia seu estudo com uma análise preliminar teórica a respeito das tendências político-criminais gerais, para só depois propor um estudo empírico e comparativo entre as tendências específicas adotadas pelos Estados.

Assim como Garland (2008), Díez Ripollés (2015) também identifica uma forte politização das políticas criminais nacionais. A propósito, ele destaca três fenômenos nessa direção.

O primeiro fenômeno diz respeito ao fato de que a política criminal deixou de refletir as diferenças ideológicas, por exemplo, entre direita e esquerda. Segundo o autor, “sólo restan indicios de antiguos signos distintivos, como una mayor resistencia a la estigmatización del delincuente en la izquierda, o las ocasionales reticencias de la derecha hacia intervenciones punitivas en exceso invasivas de la esfera personal” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 146). Esta tese tende a se distanciar neste ponto. É que entende ser possível encontrar diferenças importantes entre uma política criminal de direita e de esquerda, sobretudo quanto aos âmbitos da esfera social que cada um defende que haja intervenção penal.

O segundo fenômeno está ligado com a demonstração de que a agenda político-criminal é determinada e configurada predominantemente pelos partidos políticos e não pelas autênticas demandas sociais ou, principalmente, pela realidade social a ser confrontada. Essa situação corrobora para a conclusão do autor de que na configuração da política criminal tenham mais presença decisões valorativas ou ideológicas que considerações utilitárias ou de eficácia (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015).

E o terceiro fenômeno aponta para o fato de que as práticas político-criminais estrangeiras, ou as obrigações internacionais, estão influenciando cada vez mais nas decisões nacionais sobre prevenção ou redução da delinquência, isto é, sobre a política criminal nacional. Segundo o Professor,



Los modelos extranjeros más prestigiosos, entre los que destaca para muchos países el de Estados Unidos, penetran difusamente en los centros de decisión político-criminal; esta interacción es positiva, y justifica los estudios de política criminal comparada (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 149).

Com isso, Díez Ripollés (2015) adverte para a necessidade de criação de um modelo analítico que possibilite análises rigorosas das políticas criminais nacionais, de modo a poder compará-las. Para tanto, ele elenca três pressupostos teóricos que devem ser levados em consideração em relação à política criminal: (i) a política criminal insere-se dentro do conjunto de políticas públicas; (ii) a finalidade de toda política criminal é prevenir a delinquência dentro de parâmetros socialmente aceitáveis; (iii) a colocação em prática de qualquer política criminal exige que se escolham, elaborem e implementem objetivos específicos que sejam coerentes com essa finalidade.

O modelo analítico proposto por Díez Ripollés (2015) — diferentemente do proposto por Garland (2008) — não gira em torno do grau de moderação punitiva das políticas criminais nacionais, toma como referência, outrossim, a capacidade do correspondente sistema penal nacional para minimizar a exclusão social dos que entram em conflito com a lei penal. Isso supõe avaliar as políticas criminais segundo suas capacidades de permitir a “adquisición, recuperación, consolidación o al menos no empeoramiento de un aceptable nivel de inclusión social de los sospechosos y los delincuentes” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 158-9).

Com isso, Díez Ripollés cria duas novas categorias para a análise político-criminal: a dimensão inclusiva e a dimensão excludente, as quais refletem aproximações contrapostas ao objetivo de prevenir a delinquência de pessoas propensas a entrar em conflito com a lei penal. Senão, vejamos:

El enfoque inclusivo pretende asegurar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley. El enfoque exclusivo quiere garantizar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en unas condiciones individuales y sociales en las que le resulte más difícil infringir la ley o evitar ser descubierto (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 159).

Esta proposta fundamenta-se em duas hipóteses essenciais e correlacionadas: (i) a de que a manutenção de um certo nível de inclusão social de

suspeitos, apenados e ex-apanados é uma das mais eficazes estratégias para a prevenção da criminalidade; e (ii) a de que a produção ou aprofundamento da exclusão social de suspeitos, apenados e ex-apanados pelas instituições de controle penal gera maior criminalidade a médio e longo prazo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015). Hipóteses, essas, sem dúvida, pendentes de demonstração definitiva, conforme alerta o próprio professor espanhol. Mas que poderiam ser colocadas à prova por este modelo analítico.

Poder-se-ia supor que uma política criminal inclusiva corresponderia necessariamente a uma política criminal moderada, enquanto que a excludente seria sempre mais punitiva; entretanto, o autor refuta essa hipótese, na medida em que não estão necessariamente presentes nas mesmas sociedades. É que as sociedades situadas mais próximas da ponta da inclusão do que da exclusão social, por exemplo, apesar de serem mais sensíveis à igualdade social e à proscricção de condutas vantajosas, tendem a desenvolver processos de criminalização primária de comportamentos dos setores sociais poderosos em maior medida do que as próprias políticas criminais das sociedades mais excludentes. Logo, seriam, quanto a este âmbito de intervenção penal, mais punitivas do que sociedades mais excludentes socialmente. Nesse sentido,

Sociedades consideradas muy incluyentes pueden diseñar programas de criminalización primaria muy extensivos, con la finalidad de prevenir procesos de desorganización social que pudieran amenazar su capacidad integradora. Es, sin duda, el caso de los países nórdicos respecto a su política de persecución del tráfico y consumo de drogas, y quizás esté siendo ya respecto a la persecución de la prostitución y la pornografía infantil; ello es compatible con una práctica moderada y bienestarista a la hora de aplicar las correspondientes reacciones penales (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 167-8).

A ideia do autor espanhol é construir uma linha comparativa em que, em um polo, teríamos um Estado com a política criminal mais inclusiva socialmente, e em outro polo, o Estado com a política criminal mais excludente socialmente, enquanto os demais países ficariam localizados mais para um lado ou mais para outro, a depender do grau de proximidade com um ou outro polo.

Para determinar esse grau em que os diferentes sistemas de justiça criminal se encontram, Díez Ripollés (2015) ressalta que se tem que identificar as regras e práticas punitivas e, a partir daí, desvelar que efeitos são produzidos sobre as pessoas

envolvidas, isto é, se geram inclusão ou exclusão social. Mas, para uma análise comparativa rigorosa, o autor vai além e sugere a transformação dessas regras e práticas em indicadores, o que permitirá proceder, enfim, às comparações.

Para construir essa linha tipológica, Díez Ripollés parte de duas hipóteses: a primeira diz respeito aos indicadores e a segunda, aos países que servirão de paradigma de um polo e de outro.

Quanto aos indicadores, o autor sugere nove indicadores-chave, aos quais outros indicadores estão agrupados, configurando, ao todo, vinte e cinco indicadores. Esses indicadores têm, segundo o autor, as qualidades necessárias para revelar os efeitos socialmente inclusivos ou excludentes de um sistema criminal, assim como para caracterizar comparativamente o respectivo sistema entre as dimensões contrapostas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015).

Os vinte e cinco indicadores, agrupados em torno dos indicadores-chave, estão esquematicamente formulados na Quadro que segue:

Quadro 4 - Indicadores

|   |  |
|---|--|
| 1. Controle de espaços públicos                                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Urbanizações fechadas</li> <li>• Videovigilância</li> <li>• Proibições urbanas de acesso</li> </ul>   |
| 2. Garantias penais   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Enfraquecimento de garantias processuais</li> <li>• Obstaculização ou restrição de recursos judiciais</li> </ul>  |
| 3. Sistema de determinação da pena e sistema de sanções           | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Discricionariedade judicial</li> <li>• Leis agravadas de reincidência</li> <li>• Uso extensivo da prisão</li> <li>• Penas alternativas à prisão</li> <li>• Controles eletrônicos</li> </ul> |
| 4. Penas máximas  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Pena de morte</li> <li>• Prisão perpétua</li> <li>• Penas longas de prisão</li> </ul>   |
| 5. Regime penitenciário   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Condições da vida na prisão</li> <li>• Respeito aos direitos do preso</li> <li>• Liberdade condicional</li> </ul>   |
| 6. Internações de segurança                                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Internação após cumprimento da pena</li> <li>• Prisão preventiva</li> </ul>   |
| 7. <i>Status</i> legal e social de delinquentes e ex-delinquentes | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Privação de direitos de participação política</li> <li>• Privação de outros direitos civis</li> <li>• Recursos sociais acessíveis</li> </ul>  |
| 8. Registros policiais e penais                                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Expansão e acessibilidade aos registros</li> <li>• Paradeiro de ex-delinquentes</li> </ul>  |
| 9. Direito penal juvenil  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Limite de idade</li> <li>• Tratamento diferenciado ao dos adultos</li> </ul>  |

Fonte: CALLEGARI; MASIERO, 2015.

Nota: A partir de Díez Ripollés (2015).

A segunda hipótese do autor propõe que os dois modelos político-criminais paradigmáticos e mais opostos quanto aos seus efeitos de inclusão ou exclusão social podem ser representados, no início do século XXI, dentre os países ocidentais, pelos Estados Unidos da América (sistema federal e sistema da maioria de seus Estados federados), de um lado, e pelos países nórdicos europeus (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia), de outro.

Nesse sentido, o sistema de controle penal americano constitui, para o autor, o modelo político-criminal ocidental mais energicamente inspirado na exclusão social dos suspeitos ou condenados (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015). Enquanto que os países nórdicos europeus são os que possuem modelo político-criminal mais decididamente focado na inclusão social dos envolvidos com o sistema penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015).

O que é interessante destacar nesse aspecto é que, apesar de estarem em polos contrapostos atualmente, ambos os países compartilharam, durante várias décadas da segunda metade do século XX, um mesmo modelo de intervenção penal: o ressocializador. Foi só a partir dos anos 1980 que começou a surgir essa divergência progressiva (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015).

Daí a relevância de se proceder a um estudo comparativo, pois permite perceber com clareza empírica que as escolhas de intervenção penal não são naturais e inevitáveis, mas escolhas políticas com determinadas finalidades. Enfim, a pretensão de Díez Ripollés é fornecer uma proposta de estudo comparativo, para que se possa, a partir de investigações paralelas de aplicação do modelo analítico e tipológico proposto, medir a intensidade de inclusão social ou exclusão social operada pelas políticas criminais dos países.

### 5.1.3 Diagnósticos e Modelos de Análise Político-Criminal no Brasil

Quanto às pesquisas brasileiras sobre política criminal no Brasil<sup>85</sup>, destaca-se aqui quatro trabalhos: a dissertação de Marcelo da Silveira Campos, defendida no

---

<sup>85</sup> “No Brasil, existe uma carência muito grande de pesquisas sobre a realidade legislativa penal, sua formação e efeitos: nas ciências sociais, não encontrei nenhuma pesquisa empírica a respeito; no campo das ciências jurídicas, vêm-se desenvolvendo estudos sobre o que se denominou «direito penal simbólico», que teriam pertinência com o tema, mas que não são tão específicos, além de que tais pesquisas, em geral, carecem de demonstração empírica” (GAZOTO, 2010, p. 20).

Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UNICAMP, publicada sob o título: “Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006” (2010); a tese de Luís Wanderley Gazoto, defendida no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UnB, sob o título “Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao Rigor Penal Legislativo: O estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo” (2010); a dissertação de Ana Claudia Cifali, defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS, sob o título “A política criminal brasileira no governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário” (2015); e a tese de Carolina Costa Ferreira, defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, publicada sob o título “A política criminal no processo legislativo” (2017).

A pesquisa de Gazoto (2010) consistiu na análise das leis criminais (quanto aos crimes comuns<sup>86</sup>) aprovadas após o Código Penal de 1940 até o primeiro semestre de 2009. Período em que foram identificadas 122 leis. Delas, o autor identificou que 80,3% foram mais gravosas<sup>87</sup>; 12,3%, mais benéficas<sup>88</sup>; e 7,4% têm conteúdo misto<sup>89</sup> ou foram indiferentes<sup>90</sup>.

Ainda, Gazoto (2010) analisou os projetos de lei que tramitavam na 53ª Legislatura da Câmara dos Deputados (período de 1º de janeiro de 2007 a 30 de junho de 2009), em que foram identificados 308 projetos tratando de direito penal, dos quais “cerca de 95% são para aumentar penas e incidências criminais” (GAZOTO, 2010, p. 280). Ele também analisou os projetos das 52ª e 53ª Legislaturas do Senado Federal (período de 1º de janeiro de 2003 a 30 de junho de 2009), em que foram identificados 172 projetos tratando de direito penal, dos quais “cerca de 97% são para aumentar penas e incidências criminais” (GAZOTO, 2010, p. 280).

---

<sup>86</sup> Excetuam-se, portanto, os crimes eleitorais e militares.

<sup>87</sup> “Foram consideradas como gravosas as leis que tipificaram novos delitos, aumentaram penas ou restringiram direitos penais, como a liberdade provisória, a progressão do regime de cumprimento da pena etc” (GAZOTO, 2010, p. 210).

<sup>88</sup> “Em leis benéficas se encontram aquelas que promoveram a abolição de crimes, diminuição de penas ou o estabelecimento de benelácitos, como novas causas extintivas de punibilidade” (GAZOTO, 2010, p. 211).

<sup>89</sup> “No grupo das leis mistas se encontram aquelas que, concomitantemente, geraram situação de maior gravosidade aos infratores e, em outras situações, estabeleceram benefícios” (GAZOTO, 2010, p. 211).

<sup>90</sup> “Assim consideradas as que somente especificaram crimes, referindo-se a penas já existentes, a condutas do mesmo gênero” (GAZOTO, 2010, p. 211).

Veja-se que, apesar de ele analisar as exposições dos motivos presentes nos projetos das leis<sup>91</sup>, sua classificação entre gravosa e benéfica leva em consideração tão somente a quantidade de pena e o aumento/diminuição da criminalização de condutas. Desde o ponto de vista adotado nesta tese (cujo modelo analítico para política criminal será apresentado no tópico seguinte), este tipo de análise é importante para situar a política criminal brasileira em termos gerais, mas incorre em algumas conclusões simplórias e até enganosas, quando submetido a uma reflexão mais aprofundada.

Por exemplo, em determinado momento da tese, Gazoto (2010, p. 173) apresenta um quadro (n. 7), em que compara as penas do Código Criminal do Império (1830) com o Código Penal republicano (1890) em relação a tipos-penais por ele selecionados. Dos dez crimes elencados no quadro, houve diminuição na pena de sete, e os demais se mantiveram iguais. A conclusão, portanto, é de que o Código penal republicano é mais benéfico – em comparação com o anterior. Na sequência, esses mesmos crimes tiveram suas penas modificadas pelo Código Penal de 1940, o qual, por sua vez, aumentou a pena de quase todos. Fazendo com que o autor afirmasse: “podemos concluir que o Código Penal de 1940 é a legislação penal brasileira mais rigorosa até então”. Sendo que não é bem assim, basta recordar que as modalidades de penas do Código Penal de 1940 não são mais severas que as anteriores, haja vista que havia pena de morte no Brasil, assim como de galés e de galés perpétua antes de 1940.

Esta leitura perde de vista, ainda, outras sutilezas. Senão vejamos: nestes quadros que comparam as penas, aparecem os crimes de estupro e de roubo simples, cuja comparação das respectivas penas é de interessante verificação:

Tabela 5 - Comparação entre penas: roubo simples x estupro

| Crimes               | CP 1830                     | CP 1890            | CP 1940             |
|----------------------|-----------------------------|--------------------|---------------------|
| <b>Roubo simples</b> | 1a – 8a de galés (art. 269) | 2a – 8a (art. 356) | 4a – 10a (art. 157) |
| <b>Estupro</b>       | 3a – 12a (art. 222)         | 1a – 6a (art. 262) | 3a – 8a (art. 213)  |

Fonte: a autora.

Nota: a partir de GAZOTO, 2010.

<sup>91</sup> A partir do que concluiu: “as exposições dos motivos dos projetos de leis quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem, todavia, a apresentação de dados empíricos que possam sustentar suas posições; é comum o apelo exagerado, puramente retórico, do valor ético- moral da proteção estatal ao interesse em questão, mas sem nenhuma referência a critérios de proporcionalidade; não poucas vezes, os parlamentares deixam expresso que suas preocupações decorrem de leituras de jornais e influência da mídia, em geral” (GAZOTO, 2010).

Veja-se que é possível fazer a leitura de que, em 1830, o crime de estupro tinha maior relevância para o sistema penal do que o roubo simples; tendo-se esta relação de proteção se invertido nos anos subsequentes. Os quais, então, estariam dando maior importância para o patrimônio do que para a liberdade sexual da mulher. Por outro lado, a leitura realizada por Gazoto limita-se a enxergar uma lei benéfica quanto ao estupro, quando diminui sua pena (CP 1890), e uma mais gravosa (1940), quando a aumenta. Justificando, ainda, este aumento num apelo exagerado de ordem ético-moral. Esta tese irá discordar desta leitura, conforme o material empírico da segunda parte irá demonstrar. Adianta-se, desde já, que não se trata de moralismo, mas do crescimento da consciência coletiva em torno à uma sociedade marcada pela cultura do estupro, proporcionada principalmente a partir da mobilização dos movimentos sociais engajados com esta temática, assim como pesquisas empíricas o demonstraram.

No que diz respeito ao interesse específico desta tese (direito penal antidiscriminatório), Gazoto (2010) identificou que a maior parte das leis penais posteriores ao Código Penal de 1940 dizem respeito à criminalização ou aumento de pena de crimes que “tenham como vítima determinados segmentos da sociedade ou coletividades que a lei entende que merecem proteção especial” (GAZOTO, 2010, p. 229). É dizer, das 122 leis criminais aprovadas, 18 (14,7%) teve por tema o que o autor catalogou como “minorias, racismo, crianças, mulheres, idosos etc”.

Quando o autor analisa especificamente este âmbito de intervenção incorre – desde o ponto de vista desta tese – em novas simplificações. Por exemplo, ele afirma que a exclusão operada pela Lei Maria da Penha dos institutos (que ele chama “benefícios”) previstos na Lei nº 9.099/95 foi uma “medida ilógica, tendo em vista o sistema, pois os Juizados Especiais se constituem em um importante instrumento de pacificação social e de evitação de querelas processuais” (GAZOTO, 2010, p. 233). Acontece que, como será apresentado na segunda parte desta tese, a realidade das mulheres que denunciavam violência doméstica e eram encaminhadas ao Juizado Especial Criminal não confirma que este seria um instrumento de pacificação social; pelo contrário, conforme as feministas lograram comprovar, os casos acabavam por ser banalizados pelo sistema de justiça, que acabava resolvendo tudo em “cestas básicas”<sup>92</sup>. Sem contar que a Lei Maria da Penha desenvolveu, também, um Juizado,

---

<sup>92</sup> Interessante registrar que a noção de impunidade que esta situação gerava não está necessariamente relacionado à expectativa de aplicação de uma pena de prisão. Em pesquisa



com potencial pacificador mais acentuados que os Juizados Especiais Criminais (enfim, isso é tema que será explorado na segunda parte da tese, quando da análise da Lei Maria da Penha).

Esta simplificação que se reputa aos garantistas, em geral e ao Gazoto (2010) em especial na sua apreciação do tema específico das “minorias, racismo, crianças, mulheres, idosos etc”, decorre se sua visão unilateral ao réu e desconsideração em relação ao problema social que leva ao conflito. Veja-se que quando ele aprecia a Lei nº 11.106/05, que aboliu os crimes de rapto para fins sexuais, sedução e adultério, portanto considerada “benéfica”, ele critica o fato de que:

A preocupação parlamentar não se lastreou em princípios de humanização das penas; o que realmente incomodava eram alguns conceitos jurídicos, como o de “mulher honesta” ou “tráfico de mulheres”, e algumas situações que colocavam a mulher como objeto de negociação penal, como a regra que permitia a extinção de punibilidade, nos crimes de sedução, quando o autor do «crime» se casasse com a «vítima» (GAZOTO, 2010, p. 236).

Ora, a preocupação parlamentar em relação a “mulher honesta” ou abolição da extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o esturador é muito pertinente, desde o ponto de vista defendido nesta tese.<sup>93</sup> Afinal, não se está descriminalizando referidas condutas devido a uma repentina consciência abolicionista ou de humanização do sistema penal, mas de mudança de concepção em torno à autonomia das mulheres. Caso contrário, estar-se-ia abolindo vários outros crimes do ordenamento, a começar pelo furto, que sequer violência envolve.

Ainda, quando o autor aprecia as leis antirracismo, ele se diz surpreso e preocupado com o fato de que a redação da Lei nº 9.459/97 – que torna o crime de injúria com utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem

---

realizada pela FGV para a série Pensando o Direito, do Ministério da Justiça, sobre as justificativas para produção de normas penais, a noção de impunidade estava atrelada à “ausência de apropriação pública ou estatal do problema [social], ou seja, não se considera adequada ou suficiente a solução do Estado para a contenção do problema” (AZEVEDO; CIFALI, 2017, p. 61).

<sup>93</sup> Por exemplo, até recentemente, as mulheres não tinham participação na definição da lesão de estupro. Os homens que a definiram o fizeram com base em suas próprias interpretações (considere, por exemplo, a existência da exceção de estupro marital). Até recentemente, o estupro era considerado como um ataque aleatório, realizado por um estranho, mediante o uso de força significativa, de forma que a mulher não pudesse contra-atacar. Estupro não era algo que poderia acontecer em suas próprias casas, uma violação perpetrada pelos maridos ou parceiros. Veja-se que a ausência do discurso da mulher na esfera pública gerou a incapacidade de lidar com essa experiência de opressão “privada” na lei, o que acarreta no não-reconhecimento desse tipo de opressão e das mulheres que a sofrem (SORIAL, 2011)

como uma modalidade qualificada – teve a colaboração do Fórum de Entidades Negras do Rio Grande do Sul e da Setorial Antirracismo do Partido dos Trabalhadores.

Em suas palavras:

Algo que desperta a atenção e preocupações é o fato de que determinadas entidades e associações representativas de interesses dos segmentos sociais envolvidos na problemática são autoras, mesmo que indiretas, dessas leis; assim, como vimos: o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, o Fórum de Entidades Negras do Rio Grande do Sul, o Setorial Anti-Racismo do Partido dos Trabalhadores etc. Afinal, o que se pode esperar quando vítimas em potencial têm o poder de estipular a pena a seus algozes? (GAZOTO, 2010, p. 237).

Segundo Gazoto (2010, p. 283), esta tendência importa “evidentemente, em uma visão unilateral do problema social envolvido e exacerbação de penas”. Esta tese discorda desta visão e, inclusive, entende a participação dos movimentos sociais como um dos aspectos fundamentais para a legitimidade e eficácia da lei que se seguirá.

Por fim, há uma última discordância-chave entre esta tese e a de Gazoto (2010). Enquanto ele encara todas as leis gravosas como populistas punitivas, esta tese propõe diferenciar populismo punitivo, que, de fato, existe, e tem as características elencadas por Gazoto, como um rigorismo penal irracional e desproporcional; de realismo de esquerda, que, como será melhor apresentado no tópico a seguir, não corresponde a um punitivismo irracional, mas necessário e racional, desde o ponto de vista empírico-estrutural.

Assim, ele até pode estar certo quando afirma que “tendências ao rigor penal são encontradas, em um mesmo grau de intensidade, em todos os principais partidos políticos” (GAZOTO, 2010, p. 283). Mas, desde o ponto de vista desta tese, isso não quer dizer que todos se alinhem a um populismo punitivo. Para fazer tal afirmação, é necessário analisar sobre quais âmbitos de intervenção um ou outro espectro político direciona seu punitivismo.

Por exemplo, Gazoto (2010) identificou, assim como esta tese (segunda parte), que “o tema ‘minorias, racismo, crianças, mulheres, idosos etc.’ ganha relevância, especialmente nos Governos de FERNANDO COLLOR, SARNEY e, mais recentemente, no Governo LULA” (GAZOTO, 2010, p. 210). Quer dizer, uma demanda, coincidentemente, do período pós-Constituição de 1988 ou pós-

democracia. Ainda, ele afirma que “a maioria dessas leis foram de iniciativa do Partido dos Trabalhadores: pelo Governo do presidente LULA, ou pelos deputados PAULO PAIM (PT/RS) e IARA BERNARDI (PT/SP)” (GAZOTO, 2010, p. 238). Concluindo, enfim, que o Partido dos Trabalhadores é responsável destacado para o populismo penal brasileiro “no seu recrudescimento, mormente na legislação penal antirracismo e violência de gênero” (GAZOTO, 2010, p. 294).

De fato, conforme evidenciou Cifali, em sua pesquisa sobre a política criminal do governo Lula, a defesa de setores vulneráveis da população aparecia desde seu plano de governo, em que era se afirmava a “preocupação do partido em relação às violências físicas e simbólicas, como as discriminações sofridas pelas mulheres, jovens, idosos e migrantes” (CIFALI, 2015, p. 253). Com isso, difícil seria falar em irracionalidade dessas reformas penais, que é uma característica fundamental do populismo. O que não quer dizer que não houve populismo neste governo. Pelo contrário, Cifali (2015) apontou leis populistas punitivas no período. A verdade é que a ambivalência é uma tônica das políticas criminais, não só no Brasil<sup>94</sup>,

Já a pesquisa de Campos (2010) traz mais matizes à discussão das tendências político-criminais no Brasil. Ele também fez um levantamento das leis federais aprovadas no Brasil que tratavam do tema da segurança pública e da justiça criminal, só que pós-Constituição de 1988. Assim, no período entre 1989 e 2006, foram selecionadas 84 leis, cuja análise qualitativa revelou ao pesquisador seis tendências político-criminais: (i) leis mais punitivas, (ii) leis que se vinculam a uma política penal alternativa, (iii) leis que se voltam para novos arranjos institucionais, (iv) leis que buscam a criminalização de novas condutas, (v) leis que instauram privilégios a um determinado grupo da população e (vi) leis que combinam mais de uma dessas tendências em seu teor.

Quer dizer, o pesquisador desenvolveu uma tipologia própria e evidenciou a complexidade dos movimentos político-criminais ocorridos, indo além das análises que se centram no recrudescimento da política criminal e diferenciando punitivismo de novas criminalizações. Dentre as conclusões trazidas por Marcelo Campos, destaca-se, aqui, a coexistência, no período analisado, de leis que buscaram ampliar

---

<sup>94</sup> “Para David Garland, a ambiguidade que marca o funcionamento dos mecanismos de controle do delito no contexto contemporâneo está relacionada com duas lógicas distintas, uma instrumental, voltada à gestão do risco, e outra simbólica, voltada à demanda social do castigo e vingança contra o acusado” (AZEVEDO; CIFALI, 2017, p. 83).

direitos e garantias com leis mais punitivas, algumas vezes combinadas em leis criminalizadoras que buscaram “garantir” direitos por meio da criminalização de condutas.

A tese de Ferreira (2017), por sua vez, foca sua análise na política criminal brasileira no campo da execução da pena. Para melhorar a qualidade das leis penais aprovadas no Brasil, ela defende a adoção de Estudo de Impacto Legislativo<sup>95</sup>, como condição para a aprovação de uma lei penal. Afinal, como a pesquisadora destacou, a própria Lei de Execução Penal prevê um Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), com competência para propor diretrizes “quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança” (LEP, art. 62). Sendo necessário, portanto, engajar e estruturar o CNPCP para esta tarefa tão importante que é a de manter o debate legislativo-penal informado e consequente.

#### 5.1.4 Dimensões de Análise da Tese

Tendo como inspiração os trabalhos de Garland (2008), Díez Ripollés (2013), Campos (2010), Gazoto (2010), Cifali (2015), Ferreira (2017) e, ainda, a partir de duas pesquisas exploratórias desta autora a respeito (i) das tendências político-criminais voltadas ao enfrentamento da criminalidade organizada no Brasil<sup>96</sup> e (ii) a respeito dos

---

<sup>95</sup> A autora propõe um modelo de Estudo de Impacto Carcerário, composto de 15 perguntas: (1) o que é o problema?; (2) o problema consiste em uma realidade nacional?; (3) o assunto do problema é pertinente à Lei de Execução Penal (LEP)?; (4) o problema deve alterar a LEP?; (5) a proposição afeta os princípios da execução penal?; (6) quais são os objetivos da proposição legislativa?; (7) quais são as opções para alcançar os objetivos da proposição legislativa?; (8) como comparar as diferentes opções de solução do problema em termos de efetividade e eficácia (custos e benefícios)?; (9) a proposição legislativa foi elaborada seguindo critérios objetivos de uma determinada política criminal? Pode-se identificar a política criminal orientadora da proposta?; (10) a proposição legislativa causará impactos econômicos, sociais e ambientais? Quem será afetado? Como avaliar tais efeitos?; (11) o objetivo da proposição legislativa será avaliado? Como? Por quem?; (12) a aplicação do objeto da proposição legislativa será monitorada? Como? Por quem?; (13) as alterações propostas foram baseadas em dados sobre a população carcerária brasileira?; (14) as alterações propostas provocarão efeitos na estrutura do sistema de justiça criminal ou no sistema penitenciário brasileiro?; (15) as partes interessadas/afetadas foram ouvidas no curso da discussão das propostas legislativas? Quais foram as suas contribuições para a análise da proposição? (FERREIRA, 2017).

<sup>96</sup> Pesquisa desenvolvida para confecção da monografia para o Seminário de Qualificação “Estado, Constituição e política criminal” e que fora publicada como capítulo do livro: *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*, organizado por CALLEGARI (2016).

delitos de discriminação ou de ódio no ordenamento penal espanhol<sup>97</sup>, foram amadurecidas as dimensões que se reputa fundamentais nas análises sobre política criminal, as quais informarão, em última análise, sua legitimidade e eficácia.

Entende-se que, para analisar políticas criminais e, mais do que isso, a legitimidade das mesmas, deve-se voltar a análise para suas justificativas. Não só as justificativas oficiais, que aparecem na Exposição de Motivos, como aquelas extraoficiais, que, eventualmente, são as reais ou verdadeiras razões. Dentro dessa análise, deve-se verificar quatro aspectos: (i) se a proposta decorre de um problema social concreto, (ii) com dano a um bem jurídico relevante (mormente uma violação de direitos humanos), (iii) que os demais ramos do direito não dão conta de enfrentar e que, sobretudo, (iv) decorre de mobilização por parte de atores sociais envolvidos/afetados por este problema.

Se não for possível verificar esses aspectos, esta tese defende que, possivelmente, a respectiva legislação é fruto de uma política criminal “populista punitiva”, tal como a entende Garland (2008) ou Gazoto (2010). Isto é, aquela que gera normas com recrudescimento do controle penal, sem que exista uma justificativa empírica, tampouco suporte social que lhe confira legitimidade e, portanto, decorrente de irracionalidade. Provavelmente, seu efeito também será inócuo, exceto quanto ao fato de que promoverá uma expansão desnecessária do sistema punitivo.

Agora, se os aspectos acima estiverem presentes na análise de uma lei penal, defende-se que esta lei, mesmo que recrudesça o controle penal, não é populista, mas sim “realista de esquerda”. Aí estão, portanto, legislações que, embora criem novos tipos penais, o fazem sob a justificativa de enfrentar problemas sociais reais, que envolvem violações de direitos humanos que, até então, não estavam dentre as preocupações dos legisladores penais. O que não implica, inclusive, necessariamente, em recrudescimento prisional, pois a lei pode criar um tipo penal e dotá-lo de penas alternativas à prisão, por exemplo.

---

<sup>97</sup> Pesquisa desenvolvida durante período-sanduíche no Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC), da Universidad de Málaga/Espanha, em fase de revisão para posterior publicação em castelhano, sob orientação do professor José Luis Díez Ripollés.

A hipótese desta tese é, ainda, de que as leis “realistas de esquerda” possuem potencial muito maior de eficácia<sup>98</sup> e efetividade<sup>99</sup> — inclusive simbólica — que as “populistas punitivas”.

Apresentados os aspectos que devem ser levados em conta para a aferição da legitimidade de políticas legislativas penais, passa-se, enfim, ao último tópico desta primeira parte teórica, o qual vai aprofundar e até avaliar aspectos do chamado Direito penal antidiscriminatório. A fim de explicitar os aspectos que lhe conferem, ou não, legitimidade penal. Para, então, na segunda parte, avaliar o Direito penal antidiscriminatório brasileiro.

## 5.2 Os Crimes de Ódio e o Direito Penal Antidiscriminatório

Conforme explicitado no tópico anterior, para verificar a legitimidade e pertinência da criminalização de um determinado âmbito social, deve-se ter em conta quatro aspectos: *(i)* os dados da realidade, que informam se se está diante um verdadeiro problema social; *(ii)* a existência de dano a um bem jurídico digno de proteção penal; *(iii)* a insuficiência da regulação pelos demais âmbitos do direito; e *(iv)* o discurso do movimento social implicado.

Este tópico procurará, então, debruçar-se sobre esses aspectos no que tange especificamente ao Direito penal antidiscriminatório. Entende-se por Direito penal antidiscriminatório o conjunto de normas penais que se dedica a enfrentar o fenômeno que se convencionou chamar de “crimes de ódio” ou crimes de discriminação ou crimes motivados pelo preconceito.

O “preconceito” se relaciona com percepções mentais negativas ou crenças preconcebidas em relação a indivíduos, devido a características específicas, enquanto a “discriminação” designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes diferenciadas relacionadas ao preconceito (RIOS, 2009, p. 54). Claro que não se trata, na discriminação, de qualquer diferenciação, mas de uma “diferenciação injusta” (RUIZ MIGUEL, 2006, p. 8). Caso contrário, conclui esse autor, seriam

---

<sup>98</sup> “A eficácia da lei, abrangendo situações as mais variadas – observância, execução, aplicação e uso do direito –, pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal” (NEVES, 2011, p. 46).

<sup>99</sup> Efetividade diz respeito à realização da finalidade da lei, à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade do legislador, isto é, à concretização do vínculo meio-fim que decorre abstratamente do texto legal (NEVES, 2011).

inconstitucionais inumeráveis leis e normas que dispensam tratamento diferenciado a determinadas pessoas, em razão de algumas particularidades, como, por exemplo, atendimento preferencial a idosos, grávidas e pessoas com deficiência; ou isenção de impostos a alguns empresários, em virtude de certas circunstâncias específicas, etc.

Estes comportamentos entraram para a pauta político-criminal muito pela atuação dos movimentos sociais implicados, cuja mobilização ajudou a promover e disseminar uma consciência coletiva em distintos atores – como organizações não-governamentais, instituições governamentais e, conseqüentemente, legisladores e aplicadores da lei – a respeito dos danos das condutas discriminatórias. Pois ambos, preconceito e discriminação, atravessam as situações individuais/pessoais e acabam prejudicando uma série de situações sociais dos atingidos. Na medida em que negam oportunidades<sup>100</sup> “no por razones que se relacionen con méritos, capacidades o comportamientos, sino por pertenecer a grupos marginados identificables” (SLONIMSQUI, 2005, p. 92). Constitui-se, portanto, em última análise, em um meio de exclusão. Que, para além de dificultar o acesso a direitos e oportunidades por parte dos atingidos, ainda pode gerar atos de agressão graves, podendo constituir-se em um impeditivo literal para a existência dos atingidos.

Como efeito da conscientização em torno a esta realidade, o tema entrou para as agendas internacional e nacional, fazendo com que crescessem as políticas públicas e a produção de conhecimento sobre o fenômeno. Dentre as políticas, a política criminal também foi afetada, de modo que muitos países começaram a introduzir leis para tornar determinadas condutas discriminatórias como delituosas (definindo, com isso, os crimes de ódio).

O Reino Unido é um precursor neste campo e possui uma série de leis abarcando diferentes segmentos de crimes de ódio, assim como uma riqueza de políticas e diretrizes no campo da justiça penal para enfrentar este problema (HARDY; CHAKRABORTI, 2016). Essas ações vêm sendo copiadas ao redor do mundo, como nos EUA, no Canadá, na Austrália, nos países da América Latina, como Argentina<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> “Impide el acceso a oportunidades de trabajo, alojamiento, salud, educación, justicia, participación política y áreas vitales de la vida social” (SLONIMSQUI, 2005, p. 92).

<sup>101</sup> Lei n. 23.592/1988, em que “las conductas que merecen sanción penal son aquellas inspiradas por odio motivado en diferencias raciales, étnicas, religiosas o nacionales, en forma positiva o negativa, es decir, ya sea sosteniendo la superioridad de un sector, o bien, atacando directamente a otro; aquellas mediante las cuales se alienta o incita a la persecución o el odio, o se realiza propaganda orientada a la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa de cualquier forma” (SLONIMSQUI, 2005, p. 92-3).

e Peru<sup>102</sup>, ou nos europeus, como Alemanha, França, Suíça e Espanha, os quais já introduziram seus próprios conjuntos de leis definindo delitos de ódio como agressões autônomas ou com penas agravadas.<sup>103</sup>

A partir da nomeação do fenômeno, os países puderam incrementar a produção de dados oficiais. Na Espanha, por exemplo, o Ministério do Interior publicou, em 2015, o terceiro informe de delitos de ódio<sup>104</sup>, que revela a cifra de incidentes relacionados com condutas discriminatórias denunciadas pela população e registradas pelos órgãos policiais. Os dados apontam que houve crescimento de 3,3% das ocorrências em 2015 (1.328) em relação ao ano de 2014 (1.285 ocorrências), cujos motivos variavam entre racismo/xenofobia (38%), preconceito por ideologia (23,2%), por deficiência (17%), pela orientação sexual ou identidade de gênero (12,7%), por religião ou crenças (5,3%), por sexo/gênero (1,8%), por preconceito de classe (“*aporofobia*”, em espanhol) (1,3%) e por antisemitismo (0,7%).

No relatório mais recente sobre crimes motivados por ódio ou preconceito na Inglaterra (entendido como qualquer crime que seja percebido, pela vítima ou por qualquer outra pessoa, como sendo motivado por hostilidade ou preconceito em relação a alguém baseado em uma característica pessoal), referente ao período de 2014 a 2015, foi apontado um crescimento de 18% nas ocorrências registradas pela polícia, totalizando 52.528 crimes de ódio, motivados por preconceito racial (82%), em relação à orientação sexual (11%), religião (6%), deficiência (5%) e em relação a pessoas transgêneras (1%). No entanto, a pesquisa nacional de vitimização conduzida da Inglaterra e no País de Gales no mesmo período aponta que ocorreram em torno de 222.000 crimes de ódio. Ou seja, aproximadamente, a cada quatro crimes

---

<sup>102</sup> Peru aprovou, em 6 de janeiro de 2017, o decreto legislativo nº 1323, que estabelece que se se comete um delito com motivo de intolerância ou discriminação, a pena será agravada.

<sup>103</sup> “Así, por ejemplo, en el caso de Francia el art. 24.6 de la Ley sobre Libertad de Prensa de 1972 tipifica el delito de provocación a la violencia, la discriminación o el odio racial. Por lo que hace a Alemania, en el § 130.1 y 2 StGB se halla recogido el llamado delito de “incitación al odio” (*Aufstacheln zum Haß*). Por su parte, en el § 283.1 ÖStGB se tipifica el delito de provocación (*Verhetzung*). Por último, el delito de discriminación racial (*Rassendiskriminierung*) también se castiga como delito en Suiza a través del art. 261 bis del Código penal suizo. Lo mismo sucede en otros países integrantes del ámbito anglosajón. Tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido. Claro ejemplo de ello es la *Public Order Act* de 1986. Tal norma constituye un conjunto de disposiciones relativas a la incitación al odio racial, que se erige, de este modo, en la auténtica piedra angular del sistema penal antixenófobo en el Reino Unido” (GÓMEZ MARTÍN, 2016, p. 3)

<sup>104</sup> Entendido como “Cualquier infracción penal, incluyendo las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Dichos grupos se basan en características comunes de sus miembros, como su ‘raza’ real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, etc.” (ESPAÑA, 2015, p. 103).



de ódio, apenas foi comunicado e registrado pela polícia. Isso em padrões britânicos de funcionamento das instituições.

Enfim, diagnosticado o problema social, os Estados passaram a tomar medidas, dentre elas, têm sido adotadas medidas político-criminais, com a criminalização dos chamados crimes de ódio, conformando, enfim, o Direito penal antidiscriminatório, cuja pertinência e legitimidade pretende-se refletir aqui.

### 5.2.1 Crimes de Ódio: Traços Característicos

Não existe uma definição única e universal para “crime de ódio” ou de “discriminação”. Trata-se de um conceito em evolução, que não está adstrito a um só campo do conhecimento (HARDY; CHAKRABORTI, 2017). Pelo contrário, esta categoria envolve distintas disciplinas, comunidades e fronteiras, que passam pelos campos político, acadêmico-jurídico, criminológico e penal.

É dizer, tal como esta tese, este fenômeno se desenvolve na intersecção entre o campo político e o da justiça penal. Ele surge para responder a uma série de pressões e campanhas sociais, que demandam o combate à discriminação e ao preconceito. Adiciona-se, aí, ainda, o campo acadêmico, que, a partir de diversos campos de estudo, produz conhecimento para relatar o desenvolvimento de intervenções (eficazes ou não) em torno a este tema ao redor do mundo (Iganski, 2008<sup>105</sup> apud HARDY; CHAKRABORTI, 2017).

Apesar desta complexidade, se procurará apresentar os traços característicos dos crimes de ódio, que vêm se consagrando nos meios político e acadêmico. Em primeiro lugar, cumpre alertar que, apesar de o termo “ódio” estar consagrado na denominação deste fenômeno, ele não é o mais acertado. Isso porque o ódio não se constitui em um elemento essencial para que alguém cometa este tipo de delito. Afinal, o ódio é um sentimento interno-subjetivo da pessoa de difícil comprovação prática. Nesse sentido, há autores que vêm utilizando outros termos, como “crimes de discriminação”, “de preconceito” ou “de hostilidade direcionada”.

Antes de enumerar as demais particularidades deste fenômeno, cumpre apresentar a estrutura conceitual proposta pela criminóloga Barbara Perry (2001, p.

---

<sup>105</sup> Iganski, P. (2008) *“Hate Crime” and the City*, Bristol: The Policy Press.

10 apud HARDY; CHAKRABORTI, 2017) que, diante da diversidade de definições, tem sido adotada por muitos pesquisadores do campo:

Hate crime ... involves acts of violence and intimidation, usually directed towards already stigmatised and marginalised groups. As such, it is a mechanism of power and oppression, intended to reaffirm the precarious hierarchies that characterise a given social order. It attempts to re-create simultaneously the threatened (real or imagined) hegemony of the perpetrator's group and the 'appropriate' subordinate identity of the victim's group. It is a means of marking both the Self and the Other in such a way as to re-establish their 'proper' relative positions, as given and reproduced by broader ideologies and patterns of social and political inequality.

Observe-se que este conceito reconhece o contexto de opressão como inerente aos delitos de discriminação, ao destacar a relação que suas condutas têm com as hierarquias sociais e o preconceito. Este aspecto é importante e voltará a aparecer nestas linhas.

Enfim, os traços característicos dos crimes de discriminação, que os diferenciam dos demais, são: (i) não se trata de um problema imóvel ou isolado, ele é histórico e culturalmente contingente; (ii) a ação discriminatória não começa ou acaba com a realização da agressão; e (iii) seus atos de violência ou intimidação não são direcionados somente à vítima individualmente, como também à comunidade à qual pertence a vítima (HARDY; CHAKRABORTI, 2017).

Da mesma forma pensa Patricia Lorenzo Copello (1996, p. 234), quando afirma que a discriminação “se caracteriza precisamente por el origen del trato desigual, porque las causas que lo producen están siempre relacionadas con ciertos caracteres diferenciales de la víctima”, que a conduzem a situações de marginalização e rechaço social. Trata-se, portanto, o crime de ódio de um mecanismo de subordinação: concebido para reforçar a superioridade percebida do autor ao mesmo tempo em que mantém a vítima no seu lugar inferior "correto" dentro da sociedade (HARDY; CHAKRABORTI, 2016).

Outros pesquisadores preferem utilizar uma definição mais simples de crimes de ódio, tal como a que o conceitua como: “atos de violência, hostilidade e intimidação direcionado a pessoas em virtude de sua identidade ou diferença percebida” (Chakraborti, Garland e Hardy, 2014). Pode-se, ainda, citar definições de fora do ambiente acadêmico, como a adotada pela “Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos” (ODIHR), da Organização para a Segurança e

Cooperação da Europa (OSCE, 2009), que os define como: “actos delictuosos cometidos con móviles de prejuicio” (2009, p. 16).

Já as leituras mais atentas a questões de dogmática penal põem o foco na natureza do bem jurídico afetado pelos delitos de ódio. Em verdade, são identificados dois bens jurídicos, conforme explicita o argentino Pablo Slonimsqui:

en primer lugar, existe un bien jurídico relevante digno de la protección penal, cual es la dignidad humana de la persona que se proyecta en el derecho individual a no ser discriminado por razón de su origen racial, étnico, religioso o nacional y, en segundo lugar, nos encontramos ante figuras delictivas que tutelan el orden público entendido como el normal desarrollo de la convivencia de los diferentes grupos humanos que integran una comunidad determinada, lo cual implica que los miembros de las minorías diferenciadas no sean sometidos a situaciones de tensión social motivadas por marginaciones, discriminaciones, persecuciones o ataques por un sector de la mayoría dominante (SLONIMSQUI, 2005, p. 98).

Da mesma forma, Lorenzo Copello (1996) assinala a existência de dois bens jurídicos lesionados pelo trato discriminador: “el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás y el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución<sup>106</sup>” (LAURENZO COPELLO, 1996, p. 241). De fato, segundo o Escritório para as Instituições Democráticas e Direitos Humanos<sup>107</sup> (ODIHR, 2009), os prejuízos associados aos crimes de ódio, envolvem tanto a violação de direitos humanos, como intensifica a quantidade de dano físico sofrido pela vítima individualmente, reforçando o sentimento de medo e intimidação da comunidade mais ampla à qual a vítima “pertence”.

O fato é que, independente do conceito que se queira utilizar, para caracterizar uma conduta como “crime” de preconceito, de discriminação ou de ódio, deve-se verificar nela a produção de um dano a um interesse merecedor de proteção penal. A grande dificuldade está, justamente, em distinguir as condutas que, de fato, geram dano ao bem jurídico protegido pela criminalização ao ódio, das condutas que representam meras ofensas a valores e sentimentos identitários, culturais, religiosos. Esta dificuldade se agrava quando se trata de crimes de ódio que não produzem violência física, os chamados discursos de ódio.

---

<sup>106</sup> De fato, a constituição espanhola, em seu artigo 9.2, impõe aos poderes públicos promover “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, assim como remover “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (ESPAÑA, 1978).

<sup>107</sup> <http://hatecrime.osce.org/infocus/2013-hate-crime-reporting-now-available>.

### 5.2.2 Discurso de Ódio: Dano x Ofensa

Os crimes de ódio, em sua modalidade discursiva<sup>108</sup>, colocam as democracias em uma formidável encruzilhada, pois ao mesmo tempo em que envolve discursos que negam os valores democráticos (já que preconceituosos e discriminatórios) e, portanto, devem ser enfrentados; não se pode restringi-los em excesso, sob pena de negar-se a própria democracia e o direito à liberdade de expressão. Trata-se do paradoxo da tolerância enunciado por Popper<sup>109</sup>, na seguinte questão: Quanta intolerância frente aos intolerantes pode proceder uma democracia que se define tolerante? (1994 *apud* ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 2).

O fato é que países vem seguindo a tendência já anunciada no tópico anterior e regulamentando, também, os discursos de ódio. Nesse sentido, países como o Canadá<sup>110</sup>, a Dinamarca<sup>111</sup>, a Alemanha<sup>112</sup>, a Nova Zelândia<sup>113</sup> e a Inglaterra<sup>114</sup>, vêm usando suas leis para restringir a liberdade de expressão. Por outro lado, outros países, como os Estados Unidos, têm mais dificuldade em intervir nesta área, em nome da proteção da liberdade de expressão. Entendimento, este, no entanto, que, como alguns julgados demonstram<sup>115</sup>, pode estar perdendo força.

---

<sup>108</sup> “In fact, though the two ideas – hate speech and hate crimes – do have a distant connection, they really raise quite different issues in our thinking about law. The idea of hate crimes is an idea that definitely does focus on motivation: it treats the harboring of certain motivations in regard to unlawful acts like assault or murder as a distinct element of crime or as an aggravating factor. But in most hate speech legislation, hatred is relevant not as the motivation of certain actions, but as a possible effect of a certain forms of speech” (WALDRON, 2012, p. 35).

<sup>109</sup> Para quem: “si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender una sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma” (POPPER, 1994, p. 512 *apud* ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 2).

<sup>110</sup> “Prohibiting public statements that incite ‘hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace’ (Canada)” (WALDRON, 2012, p. 8)

<sup>111</sup> Proíbe “statements ‘by wich a group of people are threatened, derided or degraded because of their race, colour of skin, national or ethnic background’ (Denmark)” (WALDRON, 2012, p. 8)

<sup>112</sup> Proíbe “attacks on the ‘human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming segments of the population’ (Germany)” (WALDRON, 2012, p. 8)

<sup>113</sup> Proíbe “‘threatening, abusive, or insulting... words likely to excite hostility against or bring into contempt any group of persons... on the ground of the colour, race or ethnic origins of that group of persons’ (New Zealand)” (WALDRON, 2012, p. 8)

<sup>114</sup> Proíbe “the use of ‘threatening, abusive, or insulting words or behaviour’, when these are intended ‘to stir up racial hatred’ or when ‘having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby’ (United Kingdom)” (WALDRON, 2012, p. 8).

<sup>115</sup> Ainda que: “In 1952, the Supreme Court upheld an Illinois law prohibiting the publication or exhibition of any writing or picture portraying the ‘depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens of any race, color, creed or religion’. The case was *Beauharnais v. Illinois*, and the Court

Jeremy Waldron (2012), na obra mais relevante sobre discurso de ódio<sup>116</sup> nos últimos anos – *The Harm in Hate Speech* – afirma que nessa discussão em torno ao discurso de ódio é fundamental encontrar uma linha divisória entre ofensa (“*offending people*”) e dano à dignidade (“*Attacking their dignity*”) (WALDRON, 2012). Pois este autor defende, rompendo com a tradição norte-americana, a necessidade de restringir o exercício da liberdade de expressão no segundo caso, isto é, no caso de se atentar contra a dignidade de membros de determinados grupos sociais (*group difamation*).

E o discurso de ódio tem este condão de atacar a dignidade. Para enxergar isso, Waldron defende que se compreenda a forma como o discurso de ódio polui o ambiente social de uma comunidade e torna a vida de determinadas pessoas muito mais difícil. Nas suas palavras: “*hate speech is both a calculated affront to the dignity of vulnerables members of society and a calculated assault on the public good of inclusiveness*<sup>117</sup>” (WALDRON, 2012, p. 5-6).

Ressalta-se, aqui, a palavra “vulneráveis” adotada pelo autor. A apreciação de quem é esta vítima de um discurso de ódio – assim como de qualquer crime de ódio – é fundamental para sua configuração. Não é qualquer pessoa que pode ser vítima dele. Nesse sentido, Waldron defende que se encare esta questão desde o ponto de vista das pessoas que se busca “beneficiar” (ou proteger) com a garantia da regulação do discurso de ódio, tal como esta tese tem se empenhado em fazer. E continua o autor: “*In a sense we are all supposed to benefit. But for the members of vulnerable minorities, minorities who in the recent past have been hated or despised by others within the society, the assurance offers a confirmation of their membership*” (WALDRON, 2012, p. 5).

Veja-se como para ele, assim como para esta tese, é fundamental a análise conjuntural do conflito para aferir a legitimidade da criminalização. Nesse sentido,

---

refused an invitation on First Amendment grounds to overturn a fine of \$200 imposed on the president of the White Circle League of America, who had distributed a leaflet on Chicago street corners urging people to ‘protect the white race from being mongrelized’ and terrorized by the ‘rapes, robberies, guns, knives, and marijuana of the negro” (p. 27).

<sup>116</sup> Entendido, por ele, sinteticamente como “publications which express profound disrespect, hatred, and vilification for the members of minority groups” (WALDRON, 2012, p. 27). Ainda, segundo a Recomendação 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 30 de outubro de 1997, deve-se entender por discurso de ódio: “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada mediante el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

<sup>117</sup> “*An open and welcoming atmosphere in which all have the opportunity to live their lives, raise their families, and practice their trades or vocations*” (WALDRON, 2012, p. 15).

interessante observar a incursão que Waldron faz na história estadunidense em relação à regulamentação do discurso de ódio. Nela, ele mostra como nos primeiros anos daquela República, punia-se discursos de crítica política e religiosa<sup>118</sup> (*Sedition Act*<sup>119</sup>). Segundo ele refletiu, tal ocorria porque a República sentia-se vulnerável em sua soberania e defendia-se com este instrumento legal. E agora, que as minorias alertam para sua vulnerabilidade e demandam o enfrentamento ao discurso de ódio, não se quer aceitar a legitimidade da demanda (WALDRON, 2012).

Nas palavras do autor:

I said earlier that prosecutions for seditious libel began to seem inappropriate when we realized that the government had become so powerful that it did not need the support of the law against the puny denunciations of the citizenry. Does that apply to vulnerable minorities? Is their status as equal citizens in the society now so well assured that they have no need of the law's protection against the vicious slur of racist denunciation? (WALDRON, 2012, p. 30).

É a partir desta desigualdade de *status* que se encontrará o discurso de ódio. Se não se voltar a reflexão a este nível de análise, a diferença entre ofensa a valores e um verdadeiro dano à dignidade se diluiria, pois toda a “ofensa a símbolos o creencias de una comunidad constituiría un daño al honor o la dignidad de sus miembros” (ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 41).

Para tanto, é fundamental analisar o polo passivo e sua real vulnerabilidade social, de modo que um discurso de ódio que lhes seja direcionado tenha o condão de lhes menoscar a dignidade, a autonomia pessoal, obstaculizando-lhe, enfim, sua participação equitativa na vida política e social.<sup>120</sup> Enquanto que discursos que

<sup>118</sup> Como nos seguintes casos: “In 1798 Colonel Matthew Lyon, a Republican member of Congress, sent a letter to a newspaper with his impressions of president John Adams (...) Shortly before this letter was published, Congress had passed a Sedition Act making it an offense to bring the president or Congress into disrepute or ‘to excite against them... the hatred of the good people of the United States’. Colonel Lyon was arrested and indicted under this legislation for seditious libel” (WALDRON, 2012, p. 19). “In 1823, a man was jailed for sixty days in Massachusetts for writing an essay in the Boston Investigator that denied the existence of God (...) the judge went on to suggest that Christianity could not do its work of holding society together if it was exposed to public denunciation” (WALDRON, 2012, p. 22).

<sup>119</sup> “The Sedition Act did not last long; it was repealed in 1801. And its abuses were so clear to a subsequent generation that Congress in the 1840s passed bills to repay with interest the fines that Colonel Lyon and Anthony Haswell had incurred” (WALDRON, 2012, p. 23).

<sup>120</sup> “Desde esta concepción – defendida por señaladas voces del feminismo como Katherine MacKinnon o Caroline West, por representantes del *critical race theory* o por Owen Fiss –, se afirma que los mensajes hostiles y discriminatorios, al minusvalorar la dignidad y negar el reconocimiento social de determinadas minorías, les impiden intervenir con plenitud en la deliberación pública, pues sus palabras carecerán de toda influencia social al haber sido desautorizadas con la pérdida de reputación y consideración como iguales (ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 19).

meramente afetem sentimentos morais, religiosos, ideológicos são aborrecimentos que atacam a existência mesma da pessoa.

Não é uma distinção fácil, mas é possível de ser realizada. Senão vejamos:

Quadro 6 - Dano à dignidade x ofensa a valores

| Dano  | Ofensa   |
|---|--|
| <p>“Cuando se degradan o menosprecian gravemente las características inherentes a los miembros del grupo y que los definen como tal grupo étnico, religioso, etc. – los negros son monos; los judíos son una raza inferior, los homosexuales son enfermos mentales, etc. –; o cuando se propagan mensajes que promueven la discriminación de tales grupos en atención a sus características – moros fuera, los negros no son bienvenidos, etc. – Esos ataques reputacionales atentan contra la dignidad de las personas” (ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 45).</p> | <p>“Como patriota, me indigna la quema de la bandera o la pitada al himno nacional; como católico, me escandaliza y me irrita que el crucifijo sea sumergido en orina con pretensiones artísticas o que sea objeto de una receta culinaria en un programa televisivo; como musulmán, me siento denigrado cuando veo reproducidas caricaturas de Mahoma, cuando se quema públicamente un Corán o cuando se publica una novela en la que se describe a Mahoma como un ser egoísta y abyecto; etc. etc. [...] La mera negación de hechos históricos, por más que pueda conllevar profundos sentimientos de indignación a los descendientes del Holocausto – y a toda persona, por lo demás –, no constituye un atentado a la autonomía personal de los ciudadanos, y su represión penal” (ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 41-2).</p> |

Fonte: a autora.

Dignidade, para Waldron, é uma questão de *status*. Nesse sentido, ele vai ao encontro do que já dizia Fraser, tal como explorado no primeiro capítulo, de que os movimentos buscam uma equalização de seu *status* social e não a promoção de sua identidade cultural. Nas palavras do autor:

one’s status as a member of society in good standing – and it generates demands for recognition and for treatment that accords with the status. Philosophically, we may say that dignity is inherent in the human person – and so it is. But as social and legal status, it has to be established, upheld, maintained, and vindicated by society and the law (WALDRON, 2012, p. 60).

Assim, posso criticar as visões econômicas, políticas ou religiosas das pessoas, mas não posso criticar as pessoas por serem de determinada corrente econômica, política ou religiosa.<sup>121</sup> Quando houver dúvida a respeito das intenções do discursante,

<sup>121</sup> Assim, por exemplo: “Individuals Christians, millions of them, are entitled to protection against defamation, including defamation as Christians. But this does not mean that any pope, saint or doctrine is to be protected ... by the same token, individuals Muslims, millions of them, are entitled to protection against defamation, including defamation as Muslims. But that doesn’t mean that the prophet Muhammad is to be protected against defamation or the creedal beliefs of the group. The

Waldron (2012) defende que a interpretação penda para a liberdade. Veja-se, por exemplo, o caso do *cartoon* publicado em um jornal holandês, em 2005, retratando o profeta Muhammad como um homem-bomba.

Figura 1 - *Cartoon*



Diante desse *cartoon*, houve interpretações de que se tratava de uma crítica legítima ao Islã e interpretações de que se tratava de discurso de ódio contra os muçulmanos. Na dúvida, o Diretor do Ministério Público da Holanda não ingressou com ação judicial contra o jornal (WALDRON, 2012). Waldron admite que sua visão particular é de que a mensagem do *cartoon* é desagradável e até ofensiva, mas, como já afirmou, a ofensividade por si só não é uma boa razão para a regulação legal.

### 5.2.3 Reflexões sobre a Legitimidade do Direito Penal Antidiscriminatório

Já se adiantou, nos tópicos anteriores, a concepção desta tese em torno à legitimidade da criminalização dos crimes de ódio ou de discriminação (inclusive os de discurso de ódio), desde que verificado o efetivo dano à dignidade dos membros de um grupo social em vulnerabilidade social e política. Este tópico irá aprofundar nesta questão que envolve a legitimidade do direito penal para intervir nesta seara, sobretudo em se tratando de crimes sem violência física, como o próprio discurso de ódio e a difamação.

Para iniciar, lança-se a seguinte questão proposta por Jeremy Waldron (2012): “Why, you may ask, would the criminal law concern itself with libel at all, in the specific

---

civic dignity of the members of a group stands separately from the status of their beliefs, however offensive an attack upon the prophet or even upon the Koran may see” (WALDRON, 2012, p. 123).



sense of defamation, when there was no public issue of sedition or obscenity or blasphemy? Why not leave it to private law” (WALDRON, 2012, p. 46).

A resposta está na percepção de que certas formas de difamação devam ser vistas como um verdadeiro ataque à ordem pública. Pois, por mais que, diretamente, a lei esteja procurando prevenir um ataque à dignidade e reputação de cada pessoa enquanto cidadã; indiretamente, está-se procurando proteger todos os membros do grupo social ao qual esta pessoa pertence e, com isso, preserva-se a ordem pública (democrática) e o *status* de cidadão aos diversos grupos sociais.<sup>122</sup> É como diz Catharine MacKinnon (em *Only Words*, 1993) citada por Waldron (2012, p. 58):

We argued that group libel... promotes the disadvantage of unequal groups; ... that stereotyping and stigmatization of historically disadvantaged groups through group hate propaganda shape their social image and reputation, which controls their access to opportunities more powerfully than their individual abilities ever do.

Portanto, não se trata de proteger pessoas de insultos esporádicos. Trata-se de procurar assegurar, de forma sistemática, um aspecto particular da paz social e da democracia: a dignidade da inclusão e, principalmente, de sentir-se reconhecido. Ora, uma sociedade verdadeiramente democrática depende que seus membros sejam respeitados e tenham iguais condições para a interferir na esfera pública e na tomada de decisões.

Nesse ponto a lei tem um papel importante. Quanto a isso, muitos dirão que a lei não tem capacidade de proteger as pessoas de sofrerem discriminação ou de que, com elas, o ódio continuará às escondidas. Mas, como ressalta Waldron, este é justamente o ponto!

(...) we want to convey the sense that the bigots are isolated, embittered individuals, rather than permit them to contact and coordinate with one another in the enterprise of undermining the assurance that is provided in the name of society’s most fundamental principles. True, there is a cost to this: such laws may drive racists sentiment out of the marketplace of ideas into spaces where it cannot easily be engaged (WALDRON, 2012, p. 95).

---

<sup>122</sup> “Perhaps if the defendant says ‘some of the members of group X are guilty of criminality’, with the implication that it may be an unknown dozen among millions, then the injury to the dignity and reputation of members of X generally is ‘lost in the numbers’. And the disorder that such a diluted insult is likely to occasion may, by the same token, be slight or nonexistent. But that is not what happens when the libel is associated ascriptively with group membership as such” (WALDRON, 2012, p. 56).

E mais, em havendo lei, abre-se a possibilidade de as pessoas – com muito mais capilaridade e efetividade do que as instituições – se apropriarem de seu conteúdo e fazerem valer seus direitos. Neste caso, de eventualmente responder e barrar discursos de ódio, constringendo o discursante.

Muito embora o escopo, a implementação e a eficácia das disposições sobre crimes de ódio possam variar em cada país, as leis de combate aos crimes de ódio — e mais especificamente, as estruturas que vêm junto com essas leis para aumentar as penas — têm um valor importante no que concerne à sua capacidade de expressar a condenação coletiva do preconceito; para enviar uma mensagem assertiva aos agressores; para transmitir uma mensagem de apoio às vítimas e às comunidades estigmatizadas; para fortalecer a confiança dos membros mais descontentes e vulneráveis socialmente nos sistemas judiciais; e para reconhecer os maiores prejuízos causados pelas agressões de ódio (CHAKRABORTI; GARLAND, 2015; WALTERS, 2014; ODIHR, 2009).

Claro está que o direito penal não é o único instrumento à disposição, tampouco o melhor para enfrentar o preconceito e a discriminação. Entretanto, abdicar dele também não parece razoável, afinal conforme desenvolvido na teoria de base, a lei possui uma importante função simbólica, e a lei penal, então, mais ainda. É a mesma conclusão a que chegou Slonimski (2005, p. 102):

La ley tiene una función simbólica, en cuanto transmite un mensaje a la sociedad, en el sentido de subrayar la gravedad de determinadas conductas y garantizar su prevención y/o sanción. Entonces, cuando la ley no se aplica en casos concretos, todo el mensaje se vuelve en contra, en cuanto frustra las expectativas creadas.

De qualquer forma, a produção de uma lei criminalizante não envolve uma tarefa fácil. Há sempre que se ter cuidado com restrições a liberdades, sobretudo quando a sanção é punitiva. Deve-se cuidar, enfim, para não produzir um dano maior do que o dano do discurso. Nesse sentido, pondera Waldron (2012, p. 160): “Maybe the opponent of regulation can show that this harm is greater (...) than the individual harm that accrues from hate speech. This doesn’t seem very likely, given the nature of the harms from hate speech that we have been describing”.

### 5.3 Conclusões Parciais

Como apontado, tanto por David Garland e José Luís Díez Ripollés quanto pelas pesquisas nacionais, os Estados passam, hoje, pela adequação das políticas criminais às transformações sociais desencadeadas pelo advento da pós-modernidade, as quais modificam a forma com que as instituições e organizações pensam o crime, a pena, a justiça e o controle.

A hipótese de Garland (2008) é de que respostas denegatórias (que negam a insuficiência do sistema penal e procuram dotar-lhe de mais soberania penal) e simbólicas (que são instrumentais, instituídas para simbolizar que algo está sendo feito, quando, na verdade, sua efetividade é bastante duvidosa para atender aos fins a que se propõe) são as mais presentes e recorrentes não só nos EUA e na Grã-Bretanha, mas em todos os países ocidentais, configurando o populismo punitivo como uma tendência ocidental.

José Luis Díez Ripollés (2015) contesta essa conclusão de que há uma tendência generalizada ao populismo punitivo no mundo ocidental e propõe outro modelo de análise político-criminal. Esse modelo abandona as dimensões “punitivismo” e “moderação” e cria outras: política criminal “inclusiva socialmente” e “exclusiva socialmente”. Segundo o autor, essas categorias funcionam melhor porque o que importa, em última análise, é o efeito social gerado por uma determinada política criminal.

Note-se que um Estado pode ter uma política criminal que produza a inclusão social dos suspeitos e condenados e, por outro lado, possuir uma série de leis que criminalizem novas condutas. Dizer tão somente que esse Estado adota uma política criminal punitiva, não retrataria com fidelidade a realidade deste lugar. Da mesma forma, um Estado pode ter pouquíssimos crimes tipificados em seu ordenamento, mas, por outro lado, não respeitar garantias individuais dos cidadãos, tais como devido processo legal, presunção de inocência, entre outros.

A apresentação do estado da arte no Brasil contou com a apresentação de quatro pesquisas: a de Gazoto (2010) trabalhou com as dimensões gravosa/benéfica e concluiu que a política legislativa penal brasileira segue um cariz populista punitivo. Campos (2010) traz mais matizes à discussão das tendências político-criminais no Brasil e, assim com Cifali (2015), destaca a ambivalência da política criminal brasileira, em que coexistem leis que buscaram ampliar direitos e garantias com leis mais

punitivas. Ferreira (2017) focou no campo da execução, em que diagnosticou uma produção político-criminal desinformada, propondo, portanto, que se adote Estudo de Impacto Legislativo, como condição para a aprovação de uma lei penal.

A partir de concordâncias e divergências com as teorias supracitadas, propõe-se que as análises em torno das políticas criminais levem mais em consideração as justificativas (tanto oficiais, quanto extraoficiais) por trás da aprovação de uma lei penal, de modo a procurar quatro aspectos: (i) se a proposta decorre de um problema social concreto, (ii) com dano a um bem jurídico relevante (mormente uma violação de direitos humanos), (iii) que os demais ramos do direito não dão conta de enfrentar e que, sobretudo, (iv) decorre de mobilização por parte de atores sociais envolvidos/afetados por este problema.

A partir desta análise, defende-se que é possível distinguir o “populismo punitivo” do “realismo de esquerda”. Sendo o primeiro ilegítimo e, provavelmente, irracional; e o segundo, legítimo e racional, já que advém de um problema social real e decorre do discurso produzido pelas pessoas implicadas no conflito. No segundo, ainda, é possível encontrar um defensável efeito simbólico, na medida em que poderá ser manejado pela sociedade nos seus usos cotidianos da gramática jurídica.

Os crimes de ódio são um exemplo de conflito que ascendeu à agenda pública graças à atuação dos movimentos sociais (sobretudo os chamados identitários), que lograram mostrar que se tratava de um problema social e a denunciar os prejuízos que este problema envolve aos atingidos. A partir disso, Estados e Organizações internacionais passaram a produzir políticas públicas para o enfrentamento do problema, dentre elas, instrumentos legais foram construídos no sentido de defini-los e até criminaliza-los, conformando o chamado Direito penal antidiscriminatório.

Para verificar a legitimidade desta intervenção penal há que se verificar, ainda, a existência de dano a um bem jurídico digno de tutela (ao lado da verificação dos dados da realidade e do discurso dos movimentos sociais postulantes). Afinal, segundo o modelo de política criminal defendido nesta tese, uma lei criminalizante só terá efetividade se absorver o discurso dos afetados pela norma. Isto é, em última análise, dos movimentos sociais envolvidos, que são os que se mobilizam em torno ao tema e o conhecem com profundidade (muito maior, inclusive, do que pretensos técnicos ou especialistas).

O dano dos crimes de ódio se dá em duas ordens: tanto para a vítima direta, quanto para o grupo de pessoas que possui a mesma característica depreciada da

vítima que desencadeou a violência. Com isso, acaba, ainda, prejudicando a própria efetivação de uma sociedade verdadeiramente plural e democrática.

Afinal, como visto, os crimes de ódio possuem a capacidade de minar a autocompreensão, autonomia ou dignidade de suas vítimas, de modo que lhes obstaculize acessos iguais à esfera pública. Para isso ocorrer, entretanto, é indispensável a verificação de que se trata de uma vítima em situação de desigualdade de *status* real, decorrente de uma histórica exclusão social.

Caso contrário, tratar-se-á de mera ofensa a sentimentos identitários ou crenças particulares, sejam religiosas, patrióticas ou ideológicas, o que não é digno de intervenção penal, na medida em que não atentam contra o *status* de cidadão de alguém. Nesse sentido, bem sintetiza Alcácer Guirao (2016, p. 51):

el genotipo del discurso de odio está íntimamente ligado a la existencia de grupos vulnerables por su situación histórica de marginación, por lo que la discriminación del grupo forma parte de su núcleo de sentido como fenómeno social, mientras que la difamación no es más que un efecto reflejo de esa situación previa de marginación. [...] Se puede difamar públicamente a los dentistas, a los soldados o a los miembros de la Casa real, pero desde luego estaremos ante un hecho social de muy distinta significación que la que suele asignarse al discurso de odio.

A partir dessas premissas – existência de lesão à dignidade de grupos sociais vulneráveis político-socialmente – parece não restar dúvidas de que o Direito penal — como um instrumento que só pode ser utilizado em situações excepcionais, de violações graves de direitos humanos — não estará excedendo suas funções ou princípios, ao criminalizar atos de preconceito e discriminação.

## PARTE II – PESQUISA: ATUAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS (NEGROS, FEMINISTAS E LGBT’S) E O TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA À DISCRIMINAÇÃO E AO PRECONCEITO

Esta parte da tese dedica-se à apresentação e análise do material empírico. A análise envolve, paralelamente, dois fenômenos: (i) a produção legislativo-penal – ou com relevância penal – dedicada a enfrentar o preconceito ou a discriminação em razão de raça, sexo, gênero, orientação sexual e (identidade de gênero); e (ii) o contexto e a oportunidade política que permitiu a aprovação das respectivas leis, em que se destaca, não eventualmente, a atuação dos movimentos sociais envolvidos (Negro, Feminista e LGBTQ). A partir desta intersecção, pretende-se verificar a permeabilidade da política criminal brasileira à atuação dos movimentos sociais e a relação entre essa permeabilidade e a legitimidade (eficácia/qualidade).

Quanto à análise da produção penal (i), será identificado seu conteúdo, seu processo legislativo e a justificativa apresentada para sua aprovação. Quanto ao contexto e à oportunidade política (ii), buscar-se-á identificar os possíveis gatilhos reais ou extraoficiais que permitiram a aprovação da lei naquele determinado momento e o discurso do movimento social implicado na norma à época. De modo a verificar se os discursos dos movimentos sociais são oficializados pelos responsáveis em propor as leis. Basicamente, são duas as fontes de proposição legislativa (em matéria penal): via parlamentar (senadores, deputados federais, comissões parlamentares) e via presidência da República<sup>123</sup>. Pode haver, ainda, por iniciativa popular.

A primeira legislação penal brasileira que trata da questão do preconceito foi sancionada em 3 de julho de 1951, pelo então presidente Getúlio Vargas (PTB<sup>124</sup>) e veio a tornar a discriminação racial uma contravenção penal. Trata-se da Lei nº 1.390/1951, denominada “Lei Afonso Arinos”, em homenagem ao então deputado

---

<sup>123</sup> “O presidente da República, ordinariamente, também apresenta projetos de leis, mas, até o advento da Constituição Federal de 1988, podia legislar diretamente sobre direito penal, por meio dos Decretos-leis, que, na omissão do Congresso Nacional em rejeitá-los, adquiriam valor legal; após 1988, isso pode ser feito por meio de Medidas Provisórias, com vigência de até 120 dias, salvo sua aprovação ou rejeição pelo Congresso. Entretanto, após a Emenda Constitucional 32/2001, ficou vetado o estabelecimento de regras penais por meio de Medidas Provisórias” (GAZOTO, 2010).

<sup>124</sup> Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), cuja “ossatura partidária vinha dos sindicatos filiados pelo Estado Novo e do funcionalismo público que integrava a burocracia do Ministério do Trabalho [...] o PTB não foi concebido para ser um partido dos trabalhadores, mas era, sem dúvida, um partido criado para os trabalhadores” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 393).

federal Afonso Arinos de Melo Franco (pela UDN<sup>125</sup>/RJ), autor do projeto que deu origem à lei. Registre-se, desde já, que apesar da popularidade desta denominação, ela não foi endossada pelo Movimento Negro da época, o qual preferia encarar esta lei como uma conquista do movimento e não do parlamentar; ainda que, como se verá, a redação não atendeu exatamente à demanda do movimento.

A Exposição de Motivos desta lei faz expressa menção à Constituição vigente no Brasil à época, a Constituição de 1946, que previa o princípio da igualdade e vedava a distinção entre brasileiros. Identifica-se, com isso, a Constituição de 1946 como o documento legal que estabeleceu o ponto de partida para a legislação nacional passar a criminalizar condutas discriminatórias. Ela será, portanto, o ponto de partida também desta pesquisa.

O Banco de dados desta tese é composto, enfim, pela legislação penal ou com relevância penal que se dedique ao tema do preconceito ou da discriminação e os documentos produzidos durante suas tramitações (desde os projetos ou anais aos eventuais substitutivos e requerimentos parlamentares).

Este banco de documentos legais foi inicialmente formulado por ocasião da pesquisa vinculada ao CNJ Acadêmico “Desencarceramento e Sistema Penal”<sup>126</sup>, que tinha como um de seus objetivos o mapeamento de toda legislação com dispositivo penal aprovada entre 1940 (data do Código Penal) e 2015 (ano final da pesquisa) e suas respectivas justificativas. A coleta das leis deu-se da seguinte forma: com a participação de pesquisadoras(es) do GPESC (PUCRS), do Grupo Candango de Criminologia (UnB) e do Núcleo de Pesquisa em Criminologia (UFPE), foram, em primeiro lugar, coletadas todas as leis que indicavam na sua ementa tratar-se de norma penal, mas também as que não explicitavam serem normas penais, mas que continham a expressão “e dá outras providências”; em segundo lugar, foram analisadas essas leis com ementas vagas, para eliminar as que, de fato, não continham dispositivo penal. Com esse cuidado, certifica-se de que toda lei que continha norma com relevância penal foi compilada para o banco, sejam as já

---

<sup>125</sup> União Democrática Nacional (UDN), partido que “abrigava o que havia sobrado das elites regionais, a fina flor dos homens de negócios, industriais e cafeicultores de São Paulo [...] um partido conservador, moralista, antidemocrático e com indisfarçável vocação golpista” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 392).

<sup>126</sup> Coordenada pelo Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS) em parceria com o Grupo Candango de Criminologia (UnB) e o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Criminalidade, Violência e Políticas Públicas de Segurança (UFPE).

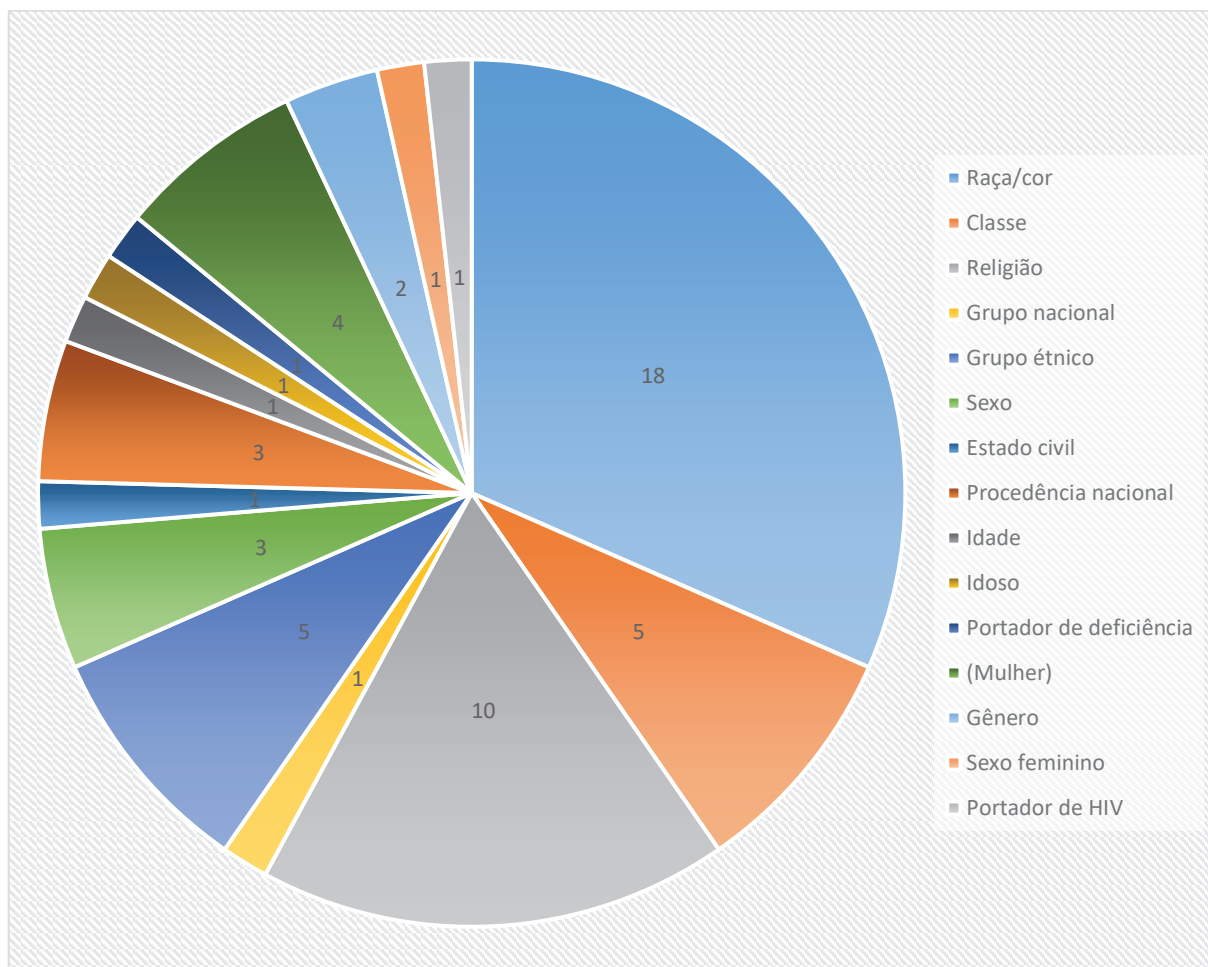
revogadas ou as ainda em vigor. Exceto normas que alteravam a estrutura de órgãos do sistema de justiça criminal, as quais se optou por não incluir no banco.

De posse do banco de dados dessa investigação maior (composto por 320 leis, representadas no “gráfico 6”), a presente pesquisa consistiu em analisar os temas das leis, para selecionar as que continham temática relacionada à discriminação e ao preconceito. Chegou-se, primeiro, a um total de 34 leis (banco de dados provisório), representando aproximadamente 11% das leis penais aprovadas no período. Veja-se que a tese de Gazoto (2010) chegou a um resultado parecido quando identificou que, dentre as leis penais aprovadas entre 1940 e 2009 (há uma divergência na quantidade de leis, já que ele encontrou 122 nesse período), 14,7% tratavam do que ele chamou de “minorias, racismo, crianças, mulheres, idosos, etc”. A propósito, segundo apurado na tese de Gazoto, trata-se do tema mais recorrente, juntamente com “crimes empresariais, falimentares, direitos autorais, economia popular, sistema financeiro”, que também representou 14,7% das leis dessa tese.

Desta primeira análise, já se pode apresentar quais são as categorias sociais em razão das quais o preconceito e/ou a discriminação são ou foram criminalizadas no Brasil: raça, cor, classe, religião, grupo nacional, grupo étnico, sexo, estado civil, procedência nacional, idade, idoso, portador de deficiência, (mulher), sexo feminino, portador de HIV e gênero. Na seguinte proporção:



Gráfico 5 - Categorias mencionadas nas leis penais brasileiras de enfrentamento ao preconceito



Fonte: Elaborado pela autora.

A categoria grafada como “(mulher)” se refere a leis que não trazem expressamente a categoria “mulher”, mas cuja criminalização veio para defender as mulheres de práticas preconceituosas ou discriminatórias, como, por exemplo, a criminalização do abuso sexual.

Outro dado interessante desta primeira análise é perceber como, no decorrer do tempo, as categorias sociais criminalizadas foram mudando, à exceção de raça e religião, que vêm desde a década de 1950 e se mantém até a atualidade. Por exemplo, “classe” apareceu nas décadas de 1950 e 1960 e depois não mais constou dos dispositivos legais. Da mesma forma, estado civil só constou da década de 1980 e não mais. Por outro lado, a atenção à mulher e ao sexo feminino é um fenômeno que remonta aos anos 2000, ainda que a preocupação com estado civil e o sexo genericamente considerado (que aparece na década de 1960), eram preocupações com as mulheres.

A partir do aprofundamento da análise do banco, foram eliminadas 5 leis. Primeiro, eliminou-se as leis (2) que, em uma primeira vista, aparentavam estar dedicadas a uma situação de preconceito ou discriminação; mas que, a partir da análise, entendeu-se que estavam voltadas a situações de vulnerabilidades (físicas) e não de preconceito/discriminação. Com base nesse critério, foi eliminada a Lei nº 9.318/96, que determinava a agravante genérica da mulher grávida<sup>127</sup>; e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que determina que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Em seguida, foram retiradas as leis (3) que se dedicavam ao preconceito e à discriminação, mas não em relação às categorias sob análise (que são raça, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero). Com isso, foi retirado o Estatuto do Índio<sup>128</sup> (Lei nº 6.001/1973); a Lei nº 12.984/14, que definiu o crime de discriminação dos portadores do vírus do HIV e doentes de aids; o Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>129</sup> (Lei nº 13.146/15), que definiu o crime de discriminação de pessoa em razão de sua deficiência; assim como também não foi analisado o dispositivo específico do Estatuto do Idoso que criminaliza a discriminação da pessoa idosa<sup>130</sup>.

Consideradas somente as leis que tratam do preconceito ou discriminação de raça, sexo, gênero, orientação sexual (ou identidade de gênero), esta é a configuração do banco de dados desta tese.

---

<sup>127</sup> Nesse sentido a justificativa apresentada para sua aprovação: “a mulher grávida merece toda a proteção da sociedade, e qualquer violência que contra ela se pratique deve ter pena agravada, mesmo porque a gestante tem extremamente reduzidas suas condições de defesa própria” (BRASIL, PL 2797/1989).

<sup>128</sup> “Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena: I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses. Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço”.

<sup>129</sup> “Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

<sup>130</sup> “Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa”.

Quadro 7 – Banco de dados: Legislação Penal Antidiscriminatória

|   |     | Legislação                                     | Projeto                 | Ementa  | Categoria Social   |
|---|-----|--|-------------------------|---|--------------------|
| I. REP. POPULISTA<br>(1945-1964)                | 1.  | Constituição de 1946                           | Anais da Constituinte.  | Constituição dos Estados Unidos do Brasil.  | Raça.              |
|   | 2.  | Lei nº 1.390/1951<br>Lei Afonso Arinos.        | PL 562/1950             | Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor.   | Raça.              |
|   | 3.  | Lei nº 1.802/1953                              | PL 1451/1949            | Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências.   | Raça.              |
|   | 4.  | Lei nº 2.083/1953                              | PL 403/1948             | Regula a Liberdade de Imprensa.   | Raça.              |
|   | 5.  | Lei nº 2.889/1956                              | PL 249/1951             | Define e pune o crime de genocídio.   | Raça.              |
|   | 6.  | Lei nº 4.117/1962                              | PLS 36/1953             | Código Brasileiro de Telecomunicações.  | Raça.              |
| II. DIT. MILITAR (1964-1988)                    | 1.  | Constituição de 1967                           | AI 4/1966<br>MS 25/1966 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.   | Raça.              |
|   | 2.  | Lei 5.250/1967                                 | PLN 23/1966             | Lei de Imprensa.  | Raça e<br>sexo.    |
|   | 3.  | Lei nº 5.473/1968                              | PL 3232/1965            | Regula o provimento de cargos e dá outras providências.   | Sexo.              |
|   | 4.  | Lei nº 7.170/1983                              | PLN 17/1983             | Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.   | Raça.              |
|   | 5.  | Lei nº 7.437/1985                              | PL 5328/1985            | Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 – Lei Afonso Arinos.                  | Sexo.              |
| III. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (1988-ATUAL) | 1.  | Constituição de 1988                           | Anais da Constituinte.  | Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.  | Raça.<br>Sexo.     |
|   | 2.  | Lei nº 7.716/1989<br>Lei Caó.                  | PL 668/1988             | Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.  | Raça.              |
|   | 3.  | Lei nº 8.081/1990                              | PL 5249/1990            | Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. | Raça.              |
|   | 4.  | Lei nº 8.882/1994                              | PL 3261/1992            | Acrescenta parágrafo ao art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor".   | (Nazismo).         |
|   | 5.  | Lei nº 9.029/1995                              | PL 229/1991             | Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.                     | Sexo.              |
|   | 6.  | Lei nº 9.459/1997                              | PL 1240/1995            | Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.  | Raça.              |
|   | 7.  | Lei nº 9.455/1997<br>Lei dos Crimes de Tortura | PL 4716/1994            | Define os crimes de tortura e dá outras providências.   | Raça.              |
|   | 8.  | Lei nº 10.224/2001                             | PL 61/1999              | Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências.   | (Mulher)           |
|   | 9.  | Lei nº 10.741/2003                             | PL 3561/1997            | Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.  | Raça.              |
|   | 10. | Lei nº 10.803/2003                             | PL 7429/2002            | Altera o art. 149 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo.               | Raça.              |
|   | 11. | Lei nº 10.778/2003                             | PL 4493/2001            | Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.  | Gênero.            |
|   | 12. | Lei nº 10.886/2004                             | PL 3/2003               | Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica".   | (Mulher).          |
|   | 13. | Lei nº 11.106/2005                             | PL 117/2003             | Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.   | (Mulher).          |
|   | 14. | Lei nº 11.340/2006<br>Lei Maria da Penha       | PL 4559/2004            | Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a  | Mulher.<br>Gênero. |

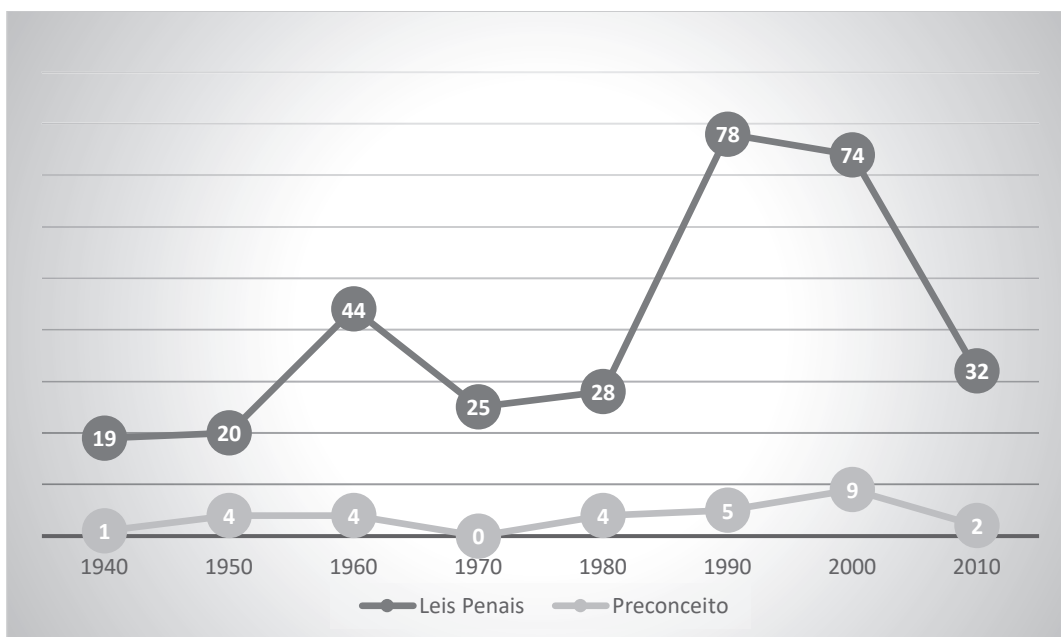
|     |   |              |   |                    |
|-----|---|--------------|---|--------------------|
|     |   |              | Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. | Orientação sexual. |
| 15. | Lei nº 12.015/2009                                    | PL 4850/2005 | Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.         | (Mulher).          |
| 16. | Lei nº 12.033/2009                                    | PL 36/2009   | Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica.  | Raça.              |
| 17. | Lei nº 12.288/2010<br>Estatuto da<br>Igualdade Racial | PL 6262/2005 | Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.  | Raça.              |
| 18. | Lei nº 13.104/2015<br>Lei do Femicídio                | PL 8305/2014 | Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.  | Sexo feminino.     |

Fonte: Elaborado pela Autora.

O banco é composto, portanto, por essas 29 legislações e os respectivos documentos de suas tramitações (desde os projetos de lei até eventuais substitutivos ou requerimentos apresentados, todos disponíveis no site da Câmara dos Deputados e do Senado, sendo que os documentos mais pesados não ficam à disposição, mas são enviados pelo próprio site da Câmara, mediante requisição).

Para visualizar a distribuição das leis no tempo e, ainda, compará-las com o fenômeno de expansão legislativo-penal geral, formula-se o gráfico a seguir:

Gráfico 6 - Leis penais aprovadas x década



Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados retirados do levantamento “Projeto de Pesquisa CAPES e CNJ Acadêmico: Descarcerização e Sistema Penal — A construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo”.

Veja-se que houve, no Brasil, em especial nos anos que se seguiram à Constituição de 1988, uma importante expansão legislativo-penal. Este fenômeno não é exclusivo das leis penais, a expansão se deu em torno de leis de outros ramos do direito também; assim como não é um fenômeno exclusivo brasileiro, tanto que Mireille Delmas-Marty (2004) coloca que, apesar de o fenômeno contemporâneo de inflação legislativa não ser próprio do direito penal, desenvolveu-se nele com singular amplitude.

Essa inflação legislativa confirma os aportes teóricos apresentados na primeira parte da tese em torno ao fato de que a Constituição de 1988 representou uma importante abertura de oportunidade legal, trazendo um novo paradigma de interlocução entre a sociedade e o Direito. É que, como esclarece Marcelo Neves (2011, p. 189),

[...] o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Sendo assim, é possível a construção de uma esfera pública pluralista que, apesar de sua limitação, seja capaz de articular-se com sucesso em torno dos procedimentos democráticos previstos no texto constitucional.

O motivo pelo qual a Constituição brasileira foi construída com este conteúdo catalizador para a interlocução entre as lutas sociais e o direito será aprofundado no tópico dedicado a ela (5.3.1).

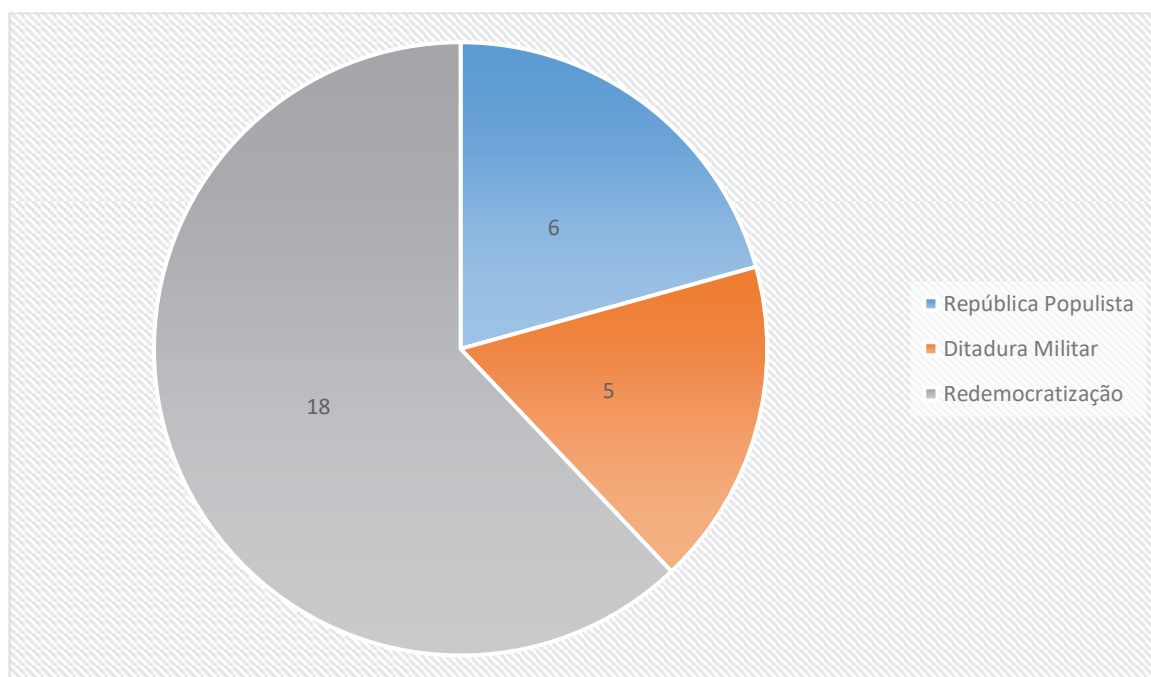
Dentro desse contexto, os movimentos sociais também inserem dentre as suas pautas a demanda penal, seja para criminalizar algumas condutas, seja para descriminalizar outras. É dizer, ao defenderem a consolidação dos direitos humanos, os movimentos sociais passam a reivindicar a utilização do instrumento penal para a proteção de seus interesses específicos.

Portanto, repisa-se, não é porque houve expansão de leis penais no período que se está diante punitivismos. E mais, tampouco todo incremento na intervenção penal será populista punitivo, haja vista que pode ser um interessante reflexo da Constituição federal no sentido de estimular a participação social e sua reivindicação pela concretização de direitos reconhecidos na carta. A propósito, segundo Flavia Piovesan (2011, p. 66):

Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado Brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. Pode-se afirmar que a maior parte das normas de proteção aos direitos civis e políticos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração” (PIOVESAN, 2011, p. 66).

A divisão da análise do banco de dados foi feita por período histórico-político pelo qual o Brasil estava passando no momento da aprovação. Desde 1946 até hoje, foram três momentos, denominados como: *(i)* República Populista (1946-1964); *(ii)* Ditadura Militar (1964-1987) e *(iii)* Redemocratização (1988-atual). Assim, dividindo o banco por período, temos a seguinte distribuição do banco:

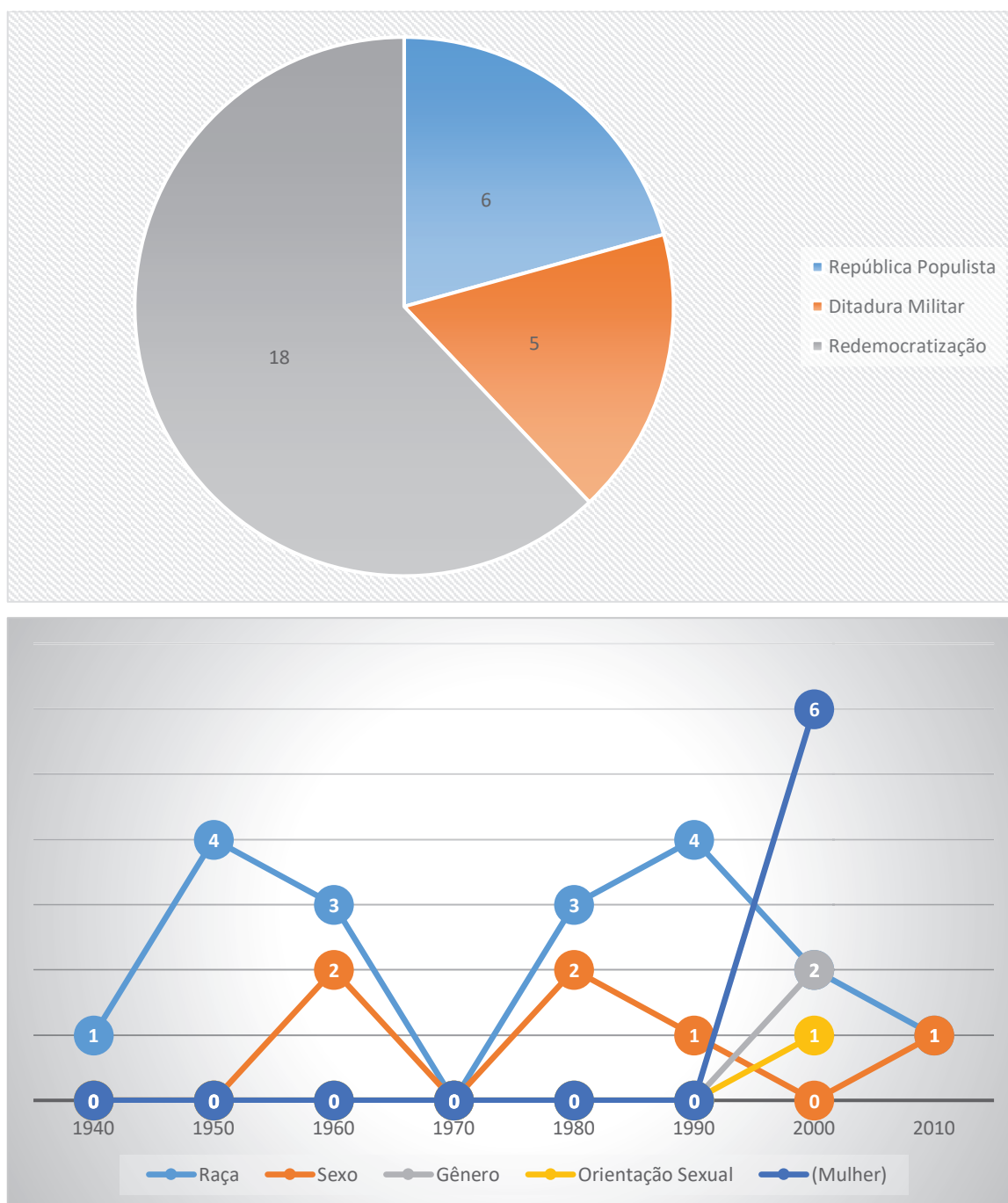
Gráfico 7 - Distribuição do Banco de Dados por Período Político



Fonte: Elaborado pela autora.

No que tange às categorias sociais “protegidas” pela norma penal, no decorrer do tempo, ilustra-se com o gráfico abaixo.

Gráfico 8 - Década x Categoria Social



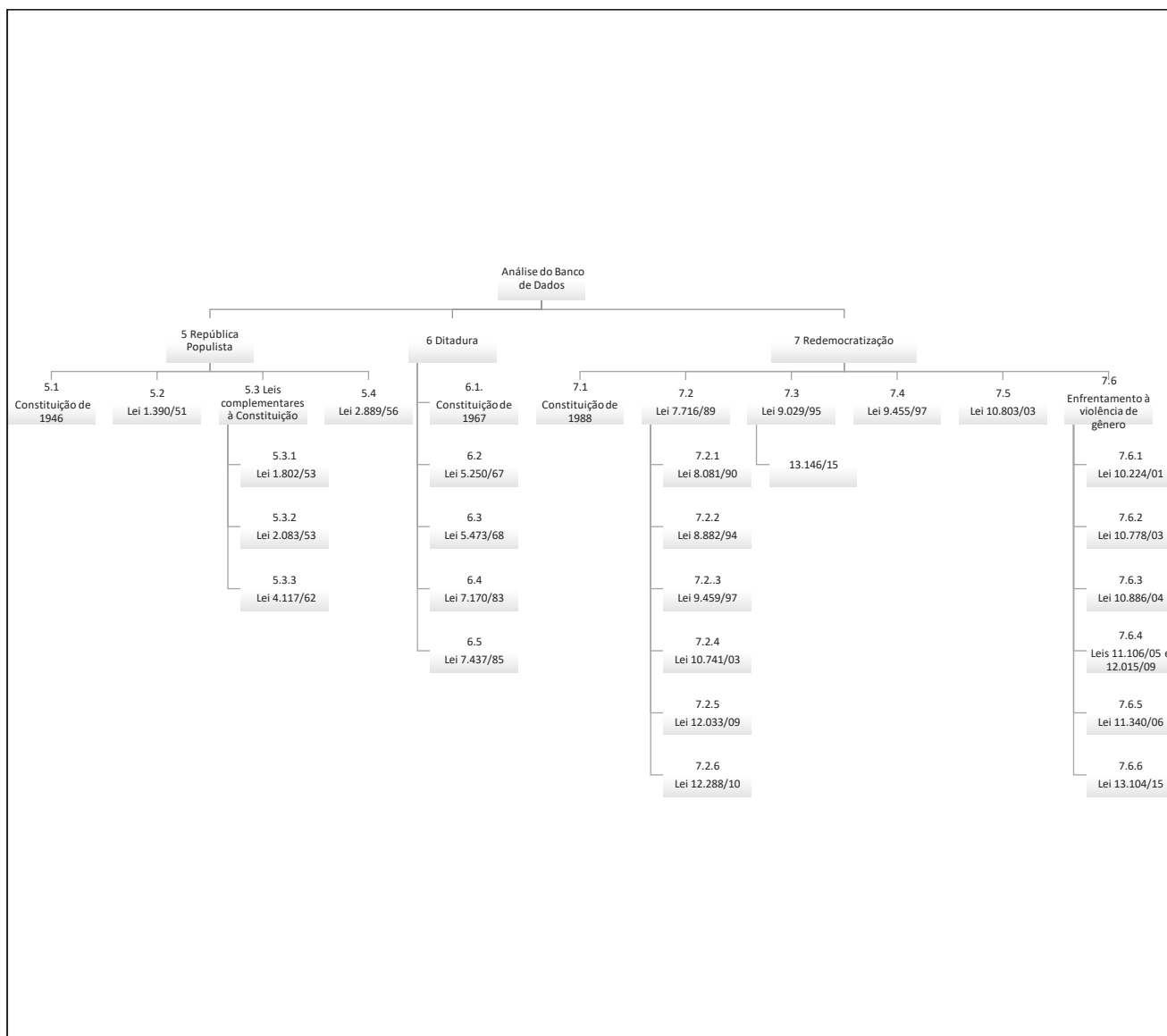
Fonte: elaborado pela autora.

A categoria social “identidade de gênero”, apesar da demanda do movimento LGBTQ, sobretudo do movimento trans, que vem despontando no interior do movimento LGBTQ, nunca houve norma penal que fizesse sequer menção, por isso não consta do gráfico acima.



Este material será analisado a seguir, com foco nos dispositivos que visam a enfrentar o preconceito e a discriminação, em ordem cronológica (salvo eventuais inversões que se optou fazer por afinidades histórico-temáticas).

Gráfico 9 - Organograma da Análise do Banco de Dados



Fonte: Elaborado pela autora.

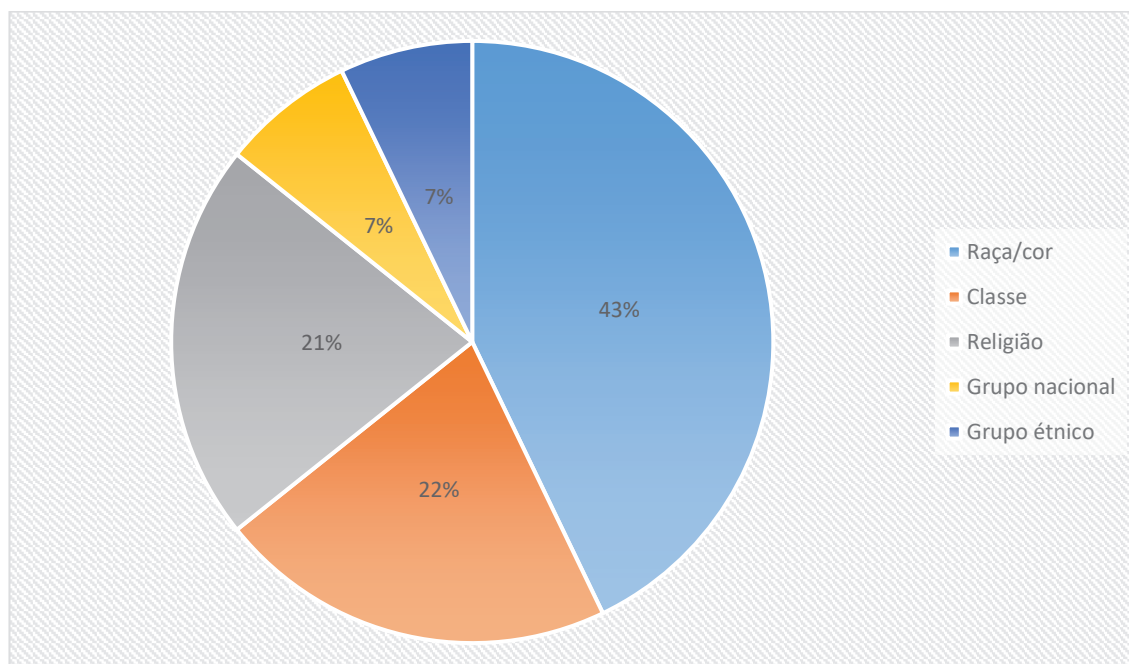
## 6 A REPÚBLICA POPULISTA (1946-1964) E O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

Depois de oito anos da ditadura do Estado Novo, em que todas as casas legislativas estavam fechadas e que associações, agremiações e frentes partidárias haviam sido extintas, os brasileiros passaram a demandar liberdade de expressão, exigir um presidente eleito democraticamente e mudança constitucional. Em 1945, é retomada, então, a liberdade de se associar, “para participar do processo eleitoral e propor as próprias leis” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 391).

No dia 2 dezembro de 1945, 6,5 milhões de brasileira(o)s votaram. Os eleitos tomaram posse em janeiro de 1946, momento em que o Congresso se reuniu imediatamente na qualidade de Assembleia Constituinte e, após oito meses, entregaram uma nova Constituição ao país.

Além da Constituição de 1946, também datam deste período outras cinco leis que tratam da matéria do preconceito e da discriminação – em termos penais – e que serão tratadas na sequência: a Lei Afonso Arinos (nº 1.390/51), a Lei nº 1.802/53, a Lei nº 2.083/53, a Lei nº 2.889/56 e a Lei nº 4.117/62.

Gráfico 10 - Categorias identitárias dos dispositivos penais do período (1945-1964)



Fonte: Elaborado pela autora.

São leis que trazem, sobretudo, a questão racial para a ordem legal, representando um avanço interessante na medida em que se trata de um período

profundamente marcado pelo mito da democracia racial brasileira. Isto é, desenvolveu-se, nessa época, um “construto ideológico que afirmava a colaboração das três raças, a branca, a negra e a indígena na formação de uma identidade brasileira e uma convivência harmônica entre elas” (CAMPOS, 2016, p. 10). Fazendo com que o assunto raça fosse tema proibido, a tal ponto que a partir de 1950 foi retirado do censo o critério raça.

### **6.1 A Constituição de 1946 e a Intolerância à Propaganda de Preconceito de Raça e de Cor**

Apesar de ter inspirado nossa primeira legislação penal voltada à discriminação, a Constituição de 1946 não representou um texto moderno o bastante para “romper velhas estruturas excludentes da sociedade brasileira e conduzir o país ao caminho da igualdade de oportunidades” (OLIVEIRA, 2010, p. 75). A verdade é que tampouco é a primeira Constituição brasileira a reconhecer o princípio da igualdade, haja visto que a cláusula geral de que “todos são iguais perante a lei” já vem inscrita desde a primeira Constituição republicana brasileira, de 1891<sup>131</sup>, e se manteve nas Constituições de 1934<sup>132</sup> e de 1937<sup>133</sup> (para fins de comparação entre os conteúdos das constituições brasileiras na temática da igualdade, indica-se a leitura do Apêndice A, desta tese).

Observe-se que apesar de a igualdade já vir expressamente prevista desde a Constituição de 1891, ainda não se havia eliminado desigualdades inscritas nas demais leis. Inclusive, a própria Constituição de 1891 ainda discriminava as mulheres, por exemplo, ao não instituir o sufrágio feminino, que só veio com a aprovação do

---

<sup>131</sup> Art. 72. “§ 2º Todos são iguaes perante a lei. A Republica não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho” (BRASIL, 1989). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em julho de 2017.

<sup>132</sup> Art. 113. “1) Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilegios, nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões proprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas politicas” (BRASIL, 1934). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em julho de 2017.

<sup>133</sup> Art. 112. “1- todos são iguaes perante a lei” (BRASIL, 1937). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em julho de 2017.

Código Eleitoral de 1932 (momento em que as mulheres passaram a poder votar e ser votadas).

A propósito, no ano seguinte ao sufrágio feminino, foi eleita a primeira deputada federal do país: a médica paulista Carlota Pereira de Queirós. Ela foi, portanto, a única mulher, dentre os 254 constituintes, na Assembleia Nacional Constituinte de 1933. E, conseqüentemente ou não, veio inscrita nesta Constituição, pela primeira vez, a proibição de distinção por motivo de “sexo” (o que não se repetiu na Constituição seguinte – de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, ao implementar o Estado Novo –, tendo voltado somente na Constituição de 1967). Além disso, veio inscrita na Constituição de 1934 o direito ao voto feminino (já previsto no Código Eleitoral), a regulamentação do trabalho feminino e a equiparação salarial entre os gêneros (todos esses dispositivos estão transcritos no Apêndice A).

#### 6.1.1 A Constituinte de 1945 e sua Constituição

Já na Assembleia formada em 1945<sup>134</sup> – que deliberou a respeito da Constituição de 1946 – nenhuma, das 18 candidatas apuradas pelo TSE, se elegeu. E, dos 338 parlamentares eleitos, somente um era negro: Claudino José da Silva<sup>135</sup> (pelo PCB<sup>136</sup>/RJ). Sua atuação na Constituinte foi concentrada na “denúncia da prática

---

<sup>134</sup> Quanto ao perfil social dos Constituintes de 1945, a média de idade era de 45,78 anos. “Assim como em 1987-1988, podemos verificar a existência de uma certa correlação entre posição ideológica e faixa etária. Ou seja: quanto mais à direita do espectro político estão os partidos, maior tende a ser a média de idade dos parlamentares” (BRAGA, 1998, p. 67). 88,2% dos Constituintes possuíam curso Superior (sendo 55,3% diplomados em Direito).

<sup>135</sup> Era mineiro e filho de camponeses pobres. Foi aprendiz de carpinteiro em Niterói (RJ) e trabalhou como ferroviário na Estrada de Ferro Leopoldina (1929-1931). Sua trajetória política iniciou com seu ingresso no PCB em 1928, ano em que foi Primeiro-Secretário do Partido na Liga Operária da Construção Civil de Niterói. Ainda, “Por sua atuação política em defesa dos interesses das classes trabalhadoras, foi preso (1931). Posto em liberdade, a seguir, voltou a atuar no PCB e no movimento operário, sofrendo inúmeras outras prisões no período (1932); deportado para Recife e para o Rio de Janeiro, onde chegou gravemente enfermo em função de maus-tratos e torturas que sofreu nas sucessivas prisões de que foi vítima (1932-1934). Após restabelecer-se, foi designado pelo PCB para organizar o partido em Juiz de Fora e Belo Horizonte, MG (1935-1936). Preso político, novamente foi transferido para a Casa de Correção e para o presídio da Ilha Grande, no Rio de Janeiro (1936-1937). Libertado, retornou a Minas Gerais, a fim de retomar sua militância no PCB, pelo que foi novamente preso durante oito meses (1937). Solto mais uma vez, atuou clandestinamente no PCB durante o Estado Novo; em razão disso, foi preso político na vigência do regime (1940-1943); após sair da cadeia, participou da Conferência da Mantiqueira, tendo sido eleito, durante o encontro, membro do Diretório Nacional do PCB e responsável pelo trabalho do partido na Região Norte do País (agosto de 1943). No contexto da redemocratização, tornou-se Secretário Político do Comitê Executivo do PCB/RJ e membro do Comitê Central do PCB (1945)” (BRAGA, 1998, p. 629-630).

<sup>136</sup> Partido Comunista Brasileiro (PCB).

de preconceitos raciais no Brasil e na defesa dos interesses dos ex-combatentes da FEB em situação de dificuldade econômica, após o término da guerra” (BRAGA, 1998, p. 630). Além disso, manifestou-se favoravelmente à realização imediata de uma reforma agrária. Ele apresentou cinco emendas ao Projeto de Constituição, quanto à temática do racismo foi a de nº 3.600, determinando a punição por lei de práticas de discriminação racial e propaganda de luta religiosa.<sup>137</sup>

Enfim, a Constituição de 1946 manteve a cláusula geral de que “todos são iguais perante a lei” (art. 141, § 1º) – a qual, a propósito, mantém-se até hoje – mas sem qualquer complemento a reconhecer a igualdade em situações de desigualdades reais, como constou tanto na de 1891, como na de 1934. Novamente, apesar da igualdade inscrita na Constituição, não se pode afirmar que havia uma verdadeira previsão de igualdade tampouco nesta Constituição, na medida em que ela manteve, por exemplo, a exclusão do direito do voto aos analfabetos, os quais constituíam um contingente expressivo da população adulta (SCHWARCZ; STARLING, 2015), dentro do qual, “mais de dez milhões de mulheres” (TELES, 2017, p. 55).

É possível encontrar, entretanto, duas outras normas constitucionais atentas especialmente à questão da discriminação e do preconceito: (i) a que dispõe a respeito da intolerância em relação à propaganda de “preconceito de raça ou de cor” (art. 141, §5º<sup>138</sup>); e (ii) a que proíbe “diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (art. 157, II).

Durante a Constituinte, houve proposta de emenda (nº 1.089 – rejeitada), de autoria do então deputado Manoel Benício Fontenelle<sup>139</sup> (pelo PTB/DF), para a inclusão da expressão “sem distinção de raça e de cor” ao dispositivo que estipulava serem “todos iguais perante a lei” (§ 1º, do art. 141). Referida emenda tinha por base

---

<sup>137</sup> Destacam-se, ainda, “as de nº 3.488, ‘estipulando que o estado de sítio não poderá ser decretado por mais de trinta dias, prorrogáveis por períodos iguais’ (XVI, 170); [...] e a de nº 3.601 (rejeitada; XXV, 15), determinando a dissolução imediata de todas as Polícias Políticas e especiais ainda existentes” (BRAGA, 1998, p. 630).

<sup>138</sup> “Art. 141. § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe” (BRASIL, 1946). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em julho de 2017.

<sup>139</sup> “Durante o Estado Novo, atuou no movimento sindical [associações sindicais dos trabalhadores têxteis]. No contexto da redemocratização, foi eleito primeiro Presidente do PTB/DF (1945). Primeira legislatura” (BRAGA, 1998, p. 265).

a Constituição norte-americana<sup>140</sup> e o texto da Declaração Internacional dos Direitos do Homem de 1929<sup>141</sup>. Entretanto fora rejeitada por argumentos ditos de natureza técnico-jurídica e ideológica.

Quanto aos argumentos de ordem ideológica, os parlamentares rejeitaram essa emenda porque não acreditavam que a discriminação racial no Brasil fosse um problema tão importante que justificasse a ênfase na proibição de distinção de cor ou raça na Constituição. É o que se infere da fala do então deputado Eduardo Duvivier<sup>142</sup> (pelo PSD<sup>143</sup>/RJ), na sessão de debates de 26 de agosto de 1946, para quem a emenda não tinha sentido porque “entre nós, para felicidade do Brasil, nunca houve uma questão de raças” (BRASIL, 1946, p. 411).

Quanto aos argumentos de natureza técnica-jurídica, o então deputado Mário Masagão<sup>144</sup> (pela UDN/SP) argumentou que a fórmula “todos são iguais perante a lei” era tradição no direito brasileiro, vinha desde a Constituição do Império, era absoluta e não admitia exceção nenhuma. Ainda, segundo o parlamentar, que era também advogado e professor universitário: “O acréscimo, que a emenda em discussão pretende introduzir, apenas enfraquecerá o texto, pois representa, em última análise, uma limitação. Seria como se o preceito pudesse admitir exceções” (BRASIL, 1946, p. 412).

---

<sup>140</sup> “Emenda XV. Seção 1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão”.

<sup>141</sup> Artigo I. “É dever de todo Estado reconhecer a todo individuo o igual direito à vida, à liberdade, e à propriedade, e dar a todos que vivem em seu território, plena e inteira proteção destes direitos, sem distinção de nacionalidade, de sexo, de raça, de língua ou de religião”. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/declaracao-internacional-dos-direitos-do-homem-1919.html>. Acesso em julho de 2017.

<sup>142</sup> “Banqueiro, proprietário de terras (pecuarista) e industrial [...]Um dos parlamentares mais conservadores da Assembléia, concentrou sua atuação nos trabalhos da ‘Grande Comissão’ constitucional, onde foi um ferrenho adversário do intervencionismo estatal na economia e da ampliação das liberdades políticas e de associação” (BRAGA, 1998, p. 611-2)

<sup>143</sup> Partido Social Democrático (PSD). “Era um partido de profissionais, adorava o poder e, para conservá-lo, seus líderes combinavam a contagem meticulosa dos votos recebidos com uma bem calculada repartição de cargos e de recursos públicos [...] estava ‘à esquerda da direita e à direita da esquerda’” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 393).

<sup>144</sup> “Após a Constituinte de 1946, renunciou ao mandato de Deputado Federal e foi nomeado Ministro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1947) [...] Em plenário, onde foi um dos parlamentares mais conservadores e intolerantemente reacionários concentrou sua atuação na abordagem de questões referentes ao problema da ‘discriminação de rendas’, no combate veemente ao intervencionismo estatal e na defesa da descentralização administrativa e da ‘Federação’” (BRAGA, 1998, p. 701-2).

O então senador Hamilton Nogueira<sup>145</sup> (pela UDN/DF), por sua vez, ocupou a tribuna para proferir discurso denunciando e combatendo a existência de preconceito racial contra os negros e judeus no Brasil. Como reação, o então Senador Vergniaud Vanderlei<sup>146</sup> (pela UDN/PB), fez o seguinte aparte: "V. Exa. é um espírito tão livre que, demonstrando a cosmogonia mosaica (sic), adotou, na semana passada, ponto de vista da origem simiesca do homem"<sup>147</sup> (BRAGA, 1998, p. 448). Também proferiu discurso contestando afirmações de Hamilton Nogueira, o então deputado e ex-Tenente Rui Almeida (pelo PTB/DF), que defendeu a inexistência de preconceito racial no seio das Forças Armadas (BRAGA, 1998).

Percebe-se, portanto, como era forte nessa Assembleia o mito da democracia racial, que nada mais é do que uma "ficção ideológica" (NASCIMENTO, 2017 [1978]) de que havia convivência racial harmônica no Brasil.

De qualquer forma, foi nesta carta que apareceu, pela primeira vez, a preocupação em relação ao preconceito e à questão racial. A Constituição de 1946 é, portanto, o primeiro documento público e oficial – proveniente do Estado – que reconhece a existência de práticas racistas e preconceituosas na sociedade brasileira.

Com isso, resta procurar entender como isso foi possível, diante uma Assembleia nitidamente classista e ideologicamente vinculada ao mito da democracia racial.

Ao que tudo indica, para entender o motivo da aparição da questão racial na Constituição de 1946, é necessário recorrer à atuação do Movimento Negro e à conjuntura externa. Afinal, "o mito [da democracia racial] floresceu sem contestação, até que os próprios negros ganharam condições materiais e intelectuais para erguer o seu protesto" (FERNANDES, 2017 [1989], p. 31). Senão vejamos.

### 6.1.2 Contexto e oportunidade política

Este período, que compreende o final dos anos 1940 e início dos 1950, foi de redefinição das relações internacionais e de afirmação dos direitos humanos.

---

<sup>145</sup> Era médico, professor universitário e intelectual católico, e foi eleito Senador com o apoio da Liga Eleitoral Católica.

<sup>146</sup> Foi advogado, promotor público e juiz de direito (BRAGA, 1998).

<sup>147</sup> "Ao que replicou Hamilton Nogueira: "— Nunca aceitei a origem simiesca do homem. Defender o negro, absolutamente, não é aceitar essa origem" (BRAGA, 1998, p. 448).

Especificamente no que tange à questão racial. Esse momento foi marcado por um esforço conjunto das Nações Unidas contra o racismo, decorrente das traumáticas experiências da Segunda Guerra Mundial, assim como da própria experiência das relações raciais nos Estados Unidos e no mundo ocidental em geral.

Com efeito, no período, começava o processo de desmantelamento do sistema de segregação racial nos Estados Unidos<sup>148</sup>, levado a cabo não somente em virtude de medidas oficiais contra a discriminação racial<sup>149</sup>, mas sobretudo em decorrência da luta da população e dos movimentos negros, a partir de campanhas de “desobediência civil”, como os *sit-ins* e as marchas de protesto (CAMPOS, 2016). Esta é uma diferença importante, inclusive, entre a questão racial nos Estados Unidos e no Brasil, já que, após a escravidão, o Brasil não teria mantido “espaços formais para a separação racial” (SCHWARCZ, 2009, p. 72), com o que o racismo brasileiro sempre teve um caráter mais velado.

De qualquer forma, Thula Pires (2016, p. 72) adverte para o fato de que havia, no Brasil, leis que, sob o manto da universalidade, acabavam exercendo uma função nitidamente segregacionista, excluindo os negros, por exemplo, “do acesso à terra e do exercício da cidadania”<sup>150</sup> (PIRES, 2016, p. 72). Não por outro motivo, pode-se

<sup>148</sup> “No período que se seguiu após a abolição da escravidão nos Estados Unidos, em 1865, os negros se viram numa situação de liberdade no sentido jurídico, mas entregues à própria sorte e sem nenhum auxílio que os permitisse sobreviver dignamente e reconstruir a vida. A partir de então a população negra foi vítima de segregação social e de perseguição, principalmente por parte de sulistas brancos [...] muitas das formas de segregação social eram previstas por lei. O sistema de segregação racial, conhecido como Jim Crow system, funcionou principalmente nos estados americanos do sul entre 1877 e meados da década de 1960. Além da proibição de casamentos entre negros e brancos (*Racial Integrity Act*), diversas leis estaduais determinavam a distinção entre lugares reservados aos brancos e aos negros, tais como assentos em ônibus, entradas em hospitais, escolas, sepulturas e celas prisionais, e puniam as condutas transgressoras” (CAMPOS, 2016, p. 20).

<sup>149</sup> “Dentre as principais medidas de ordem estatal merece destaque o decreto, assinado pelo presidente Harry Truman em 1948, acabando com a segregação racial nas forças armadas e no serviço público civil. Foram importantes também, entre outras medidas, a decisão da Suprema Corte, em processo iniciado em 1952, que iria determinar o fim da segregação racial em escolas públicas; e a Lei dos Direitos Cívicos (*Civil Rights Act*), de 1964, que proibia a discriminação baseada em sexo e raça em relações trabalhistas” (CAMPOS, 2016, p. 21).

<sup>150</sup> De que são exemplo: 1) a Lei de Terras (n. 601/1850), que estabelecia a compra como a única forma de acesso à terra; 2) a Lei 1331-A/1854, que regulamentava o acesso à educação, e proibia expressamente que escravos (cativos) e portadores de doenças contagiosas fossem alfabetizados (art. 35); 3) o Decreto 528/1890, que regulamentava a imigração no Brasil e dispunha que os brancos possuíam inteiramente livre a entrada nos portos da República, desde que aptos ao trabalho e sem ação criminal, enquanto os indígenas da Ásia ou da África só poderiam ser admitidos mediante autorização do Congresso Nacional (art. 1); 4) o Código Penal da Primeira República (Decreto 847/1890), que pode ser considerado como o marco legislativo republicano de criminalização do negro e da pobreza, por meio da criminalização da vadiagem e da capoeira (art. 402); 5) a Constituição de 1934, que previu o ensino da eugenia (art. 138); 6) o Decreto-Lei 7.967/1945, que dispôs, até 1980, sobre a Política de Imigração e Colonização brasileira e determinava “atender-se-á, na admissão dos imigrantes, a necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica



afirmar a existência, no Brasil, de uma segregação racial na prática, que pode, inclusive, ser demonstrada por dados estatísticos “no trabalho, nos índices de nascimento e morte, na divisão geográfica, nas oportunidades de êxito social e até no lazer” (SCHWARCZ, 2009, p. 72). Afinal, “privar os negros da condição de letrados e proprietários implicava em condicioná-los e às suas gerações a uma situação de subalternidade social difícil de ser revertida” (PIRES, 2016, p. 73).

O contexto internacional fez com que a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) empreendesse, ao final da década de 1940, uma campanha para combater o ódio racial, patrocinando uma série de estudos realizados por cientistas sociais, cujo objetivo era fornecer argumentos científicos que refutassem teorias que associavam raça e caracteres biológicos com atributos morais. O Brasil foi escolhido como sede das pesquisas desse projeto, pois era internacionalmente conhecido como um país em que as populações de diferentes cores e raças conviviam harmonicamente (CAMPOS, 2016), graças ao famigerado mito da democracia racial, que ocultava a realidade.

As pesquisas empreendidas pelo Projeto UNESCO acabaram por desvendar os antagonismos raciais<sup>151</sup> do Brasil, contrariando a visão da harmonia racial (CAMPOS, 2016). Assim, “ao invés de democracia surgiam sinais de discriminação e preconceito” (SCHWARCZ, 2009, p. 99).

Paralelamente a isso, no contexto interno brasileiro, ocorria a mobilização do Movimento Negro, que estava se reorganizando após seu esvaziamento durante o período da ditadura do Estado Novo. A Frente Negra Brasileira<sup>152</sup> (1931-1937), por exemplo, que foi o “primeiro movimento negro de caráter urbano e de massas no Brasil” (COSTA, 2017, p. 8), havia sido fechada pela ditadura do Estado Novo, “sob a alegação de provocar a eclosão de conflitos raciais até então inexistentes no país que simbolizava internacionalmente o paraíso da democracia racial” (COSTA, 2017, p. 11).

---

da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional” (art. 2) (PIRES, 2016).

<sup>151</sup> “No que se refere à disparidade social entre brancos e negros, alguns dados estatísticos oficiais demonstram que, não obstante os benefícios coletivos proporcionados pelo crescente processo de urbanização e de industrialização do Brasil na primeira metade do século XX, os negros e mulatos ainda se encontravam em situação bem inferior à dos brancos” (CAMPOS, 2016, p. 29)

<sup>152</sup> “As reivindicações da Frente diziam respeito à inserção e integração do negro na sociedade brasileira, exigindo uma igualdade de oportunidades de fato em conformidade com a liberdade e igualdade formais presentes na Constituição” (COSTA, 2017, p. 11).

O primeiro grande encontro nacional do Movimento Negro ocorreu em 1945 (SILVA, 2005). Trata-se da Convenção Nacional do Negro, organizada e promovida pelo Teatro Experimental do Negro (TEN)<sup>153</sup> e presidida por Abdias Nascimento<sup>154</sup>.

O TEN, à propósito, é um dos grupos precursores do Movimento Negro brasileiro. Fundado em 1944, no Rio de Janeiro, por Abdias Nascimento, tinha como objetivos básicos o resgate dos valores da cultura africana, através de uma pedagogia estruturada no trabalho de arte e cultura, buscando erradicar dos palcos brasileiros o ator branco maquilado de preto e retirar os negros de papéis estereotipados (NASCIMENTO, 2017 [1978]). Progressivamente, o TEN adquiriu um caráter mais amplo: publicou o jornal Quilombo, passou a oferecer curso de alfabetização, de corte e costura, fundou o Instituto Nacional do Negro, o Museu do Negro, entre outros eventos de promoção da autoimagem dos negros e negras (DOMINGUES, 2007). É que, como declarou seu criador:

Não separávamos nossa atuação no palco dos acontecimentos político-sociais de interesse para os descendentes africanos. Por isso, o TEN promoveu, entre outros certames, a Convenção Nacional do Negro (São Paulo e Rio de Janeiro, 1945-1946), e o I Congresso do Negro Brasileiro (Rio de Janeiro, 1950) (NASCIMENTO, 2017 [1978], p. 162).

A Convenção Nacional do Negro teve dois objetivos principais: “O primeiro, que a discriminação racial e o preconceito passassem a ser crimes previstos em lei. O segundo, que se criasse um sistema nacional de bolsas de estudos para estudantes negros nas universidades e no ensino secundário” (SILVA, 2005, p. 2). Interessante observar, desde logo, que, enquanto o primeiro objetivo começou a ser atendido a partir da década de 1950, o sistema de bolsas de estudos só foi institucionalizado de forma estruturada, com o sistema de cotas, mais de 50 anos depois.

---

<sup>153</sup> Trata-se de um dos grupos precursores do movimento negro, fundado em 1944, no Rio de Janeiro. “A proposta original era formar um grupo teatral constituído apenas por atores negros, mas progressivamente o TEN adquiriu um caráter mais amplo: publicou o jornal Quilombo, passou a oferecer curso de alfabetização, de corte e costura; fundou o Instituto Nacional do Negro, o Museu do Negro; organizou o I Congresso do Negro Brasileiro [1950]; promoveu a eleição da Rainha da Mulata e da Boneca de Pixe; tempo depois, realizou o concurso de artes plásticas que teve como tema Cristo Negro, com repercussão na opinião pública” (DOMINGUES, 2007, p. 109).

<sup>154</sup> O nome oficial é Abdias do Nascimento, mas, ao assinar, ele escrevia sem a preposição. Em 2004, observando a inconstância em citações e publicações, “ele solicitou ao Ipeafro, instituto que criara e que guarda seu acervo, que uniformizasse a grafia do nome sem a preposição” (nota da edição do livro de Abdias Nascimento, 2017).

Quanto à demanda criminalizante, das seis recomendações do documento produzido no encontro – “Manifesto à Nação Brasileira” –, duas tratavam de criminalização, nestes termos:

- 2) que se torne matéria de lei, na forma de crime de lesa-pátria, o preconceito de cor e de raça;
- 3) que se torne matéria de lei penal o crime praticado nas bases do preceito acima, tanto nas empresas de caráter particular, como nas sociedades civis e nas instituições de ordem pública e particular (NASCIMENTO, 1968, p. 60).

O documento notabilizou-se porque, pela primeira, vez se reivindicava que o preconceito de cor e de raça fossem considerados crimes.

Vários partidos teriam subscrito o Manifesto – PTB, UDN, PSD e PCB – mas quando o então senador Hamilton Nogueira (pela UDN/DF) apresentou, em 1946, o projeto de lei antidiscriminatória, que declarava a igualdade de todos perante a lei “sem distinção de raça” e punindo a prática de racismo em território nacional, sob inspiração direta no Manifesto, a Assembleia o rejeitou sob a alegação de inexistirem provas de discriminação racial no país.

É interessante observar que tampouco as forças de esquerda marxista apoiaram o projeto, pois entendiam que ele restringiria o conceito amplo de democracia. Para o PCB, “as reivindicações específicas dos negros eram um equívoco, pois dividiam a luta dos trabalhadores e, por conseguinte, represavam a marcha da revolução socialista no país” (DOMINGUES, 2007, p. 111). O então deputado Claudino José da Silva, único negro parlamentar daquela legislatura, mesmo com a contrariedade dos companheiros de partido, declarou apoio à lei antidiscriminatória.

Enfim, essa reconstrução histórica mostra como a pesquisa sociológica (fomentada desde a UNESCO) e a mobilização dos movimentos negros vieram a desvendar a situação racial brasileira e a produzir uma contraideologia racial que se opunha ao mito da democracia racial, criando a oportunidade política para que a intolerância em relação à propaganda de “preconceito de raça ou de cor” (art. 141, § 5º) passasse na Constituição de 1946. Não foi suficiente, entretanto, para fazer constar a criminalização do racismo na Constituição.

Perceba-se que o preconceito contra a mulher (“sexo” ou “gênero”) ou em razão de orientação sexual e identidade de gênero, não constam nos documentos

analisados como tendo sido objetos de debate na constituinte de 1946. Como já dito, nenhuma mulher se elegeu nessa legislatura.

Quanto ao Movimento Feminista, em 1945, havia surgido no Rio de Janeiro, o Comitê de Mulheres pela Democracia, “num esforço para as mulheres participarem de fato da consolidação da democracia e da conquista da igualdade de direitos em termos profissionais, administrativos, culturais e políticos” (TELES, 2017, p. 54). Este movimento, entretanto, não repercutiu na Assembleia Constituinte. É que:

As lutas desenvolvidas nesse período passavam [...] por problemas concretos, como o enfrentamento do problema da carestia ou às vezes por questões mais localizadas, como falta de água ou despejo. A defesa da infância e da maternidade, e o desenvolvimento do ensino e de creches também eram questões constantes. No que diz respeito às questões políticas mais gerais, as mulheres se destacaram na luta pela anistia, pela democracia, pela defesa de nossas riquezas [...] e em prol da paz mundial [...] As mulheres trabalhadoras reivindicavam a extensão dos direitos trabalhistas às mulheres do campo, organizavam campanhas pela sindicalização da mulher e para que elas participassem também nas direções dos sindicatos (TELES, 2017, p. 57).

Quer dizer, nesse momento político as mulheres ainda não estavam preocupadas com questões especificamente feministas, como a violência machista e patriarcal, mas com questões mais de ordem social geral. As mulheres passarão a ter uma mobilização mais destacada no cenário político nacional e de atenção especificamente feminista a partir da segunda metade da década de 1980.

A Constituição de 1946 teve vigência integral até o golpe militar ocorrido em 31 de março de 1964. Com o golpe, os militares se conferiram poder constituinte originário e produziram alterações à Constituição por meio dos chamados Atos Institucionais. Até que, em 1967, promulgaram uma nova Constituição (analisada no tópico 6.1 desta tese).

## **6.2 A Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951) e a Penalização do Racismo**

A primeira lei penal antidiscriminatória do Brasil é a Lei nº 1.390/1951, denominada Lei Afonso Arinos, em homenagem ao então deputado federal Afonso

Arinos<sup>155</sup> (pela UDN/MG), responsável pela apresentação do projeto da lei. Esta lei criou seis contravenções penais decorrentes de condutas segregatórias, resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Note-se, desde já, que o tratamento dado ao racismo por esta lei não foi ao encontro do que o Movimento Negro vinha demandando desde 1945. Enquanto o Movimento falava em “crimes de lesa-pátria”, a lei tratou-o como contravenção penal, que é uma categoria de infração penal considerada menos lesiva do que o crime, uma vez que se dedica a descrever condutas que não são consideradas danosas em si.

As contravenções penais criadas foram: (i) “Recusar alguém hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade, por preconceito de raça ou de cor” (art. 2º); (ii) “Recusar a venda de mercadorias em lojas de qualquer gênero, ou atender clientes em restaurantes, bares, confeitarias e locais semelhantes, abertos ao público, onde se sirvam alimentos, bebidas, refrigerantes e guloseimas, por preconceito de raça ou de cor” (art. 3º); (iii) “Recusar entrada em estabelecimento público, de diversões ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabeleireiros por preconceito de raça ou de cor” (art. 4º); (iv) “Recusar inscrição de aluno em estabelecimentos de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça ou de cor” (art. 5º); (v) “Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo do funcionalismo público ou ao serviço em qualquer ramo das forças armadas, por preconceito de raça ou de cor” (art. 6º); e (vi) “Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça ou de cor” (art. 7º).

As penas variavam de multa isolada a multa cumulada com prisão simples de quinze dias a um ano. No caso do funcionalismo público, a pena era a perda do cargo (arts. 6º e 7º). Ainda, no caso de reincidência de discriminação em estabelecimentos particulares, poderia o juiz “determinar a pena adicional de suspensão do funcionamento por prazo não superior a três meses” (art. 8º).

---

<sup>155</sup> “Afonso Arinos de Melo Franco nasceu em Belo Horizonte em 1905, filho de uma tradicional família de políticos, intelectuais e diplomatas [...] foi um dos redatores do manifesto de lançamento da União Democrática Nacional (UDN), partido que reunia a oposição liberal a Vargas, fundado em abril daquele ano [1945]. Com a queda do Estado Novo em outubro [1945], concorreu por seu estado [MG], em dezembro, às eleições para a Assembléia Nacional Constituinte e obteve uma suplência. Já após a promulgação da nova Constituição e a transformação da Constituinte em Congresso ordinário, ao se abrir uma vaga na bancada mineira em janeiro de 1947, assumiu uma cadeira na Câmara dos Deputados” [Fonte: Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro pós 1930. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001] disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/biografias/afonso\\_arinos](http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/biografias/afonso_arinos). Acesso em 3 de junho de 2017.

### 6.2.1 Tramitação da Lei Afonso Arinos

A justificativa apresentada por Afonso Arinos (no PL nº 562/1950), em três folhas, baseou-se em nove pontos: no primeiro, afirmou que o preconceito de raça ou de cor é uma das “manifestações mais chocantes de desrespeito aos direitos do homem e à dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1950). No segundo, destacou as novas investigações e conclusões da Antropologia, da Sociologia e da História no sentido de que não há qualquer superioridade física ou intelectual de uma raça sobre outras. No terceiro ponto, fez referência à contribuição dos cientistas e escritores brasileiros a respeito dos erros e das injustiças decorrentes do preconceito de raça. No quarto, avoca a responsabilidade do Poder Legislativo para adotar as medidas convenientes para que “as conclusões científicas tenham adequada aplicação na política do Governo” (BRASIL, 1950); nesse momento também fez referência às disposições da Constituição de 1946<sup>156</sup> e aos preceitos dos acordos internacionais<sup>157</sup>, os quais, segundo o deputado, necessitariam de lei ordinária para dar-lhes força. No quinto ponto, o deputado afirma que: “por mais que se proclame a inexistência, entre nós, do preconceito de raça, a verdade é que ele existe, e com perigosa tendência a se ampliar” (BRASIL, 1950). Afinal, como apontou o parlamentar, apesar da cláusula genérica de igualdade na Constituição (1946), ainda existiam injustificáveis restrições para ingresso de negros em vários setores da Administração, como no corpo diplomático, na Marinha e na Aeronáutica. No sexto ponto, ele reflete que se o Estado oferece exemplo de discriminação, “não é de se admirar que estabelecimentos comerciais proibam a entrada de negros” (BRASIL, 1950). No sétimo, é apresentado

---

<sup>156</sup> Nesses termos: “A constituição Federal [1946], afirma que todos são iguais perante a lei, veda a União, aos Estados e aos Municípios criar distinções entre os brasileiros (art. 31, n. 1); proíbe a propaganda de preconceitos de raça ou de cor (art. 141, § 5º), e declara que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros (art. 184)” (BRASIL, 1950).

<sup>157</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sessão de 10 de janeiro de 1948: **Art. 2º** “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”. **Art. 16.** “1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais”. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em julho de 2017.

o receio em relação a uma luta de raças, terrível problema que o deputado atribui aos Estados Unidos.

Ao final da sua exposição de motivos, nos dois últimos pontos, o deputado reflete a respeito do papel do Direito (penal). Ele reconhece que se trata de uma demanda contramajoritária – admitindo, com isso, o racismo velado da sociedade brasileira –, mas apela à lei em sua função de “eficaz instrumento de antecipação e orientação da evolução social”, contestando o entendimento senso-comum de que a lei seria apenas expressão de uma necessidade coletiva.<sup>158</sup> E encerra:

Propomos a adoção do projeto para que a lei dele decorrente sirva como instrumento de transformação da mentalidade racista que se denuncia entre nós, principalmente nas altas esferas sociais e governamentais do país, com seguras e graves conseqüências para a paz social futura (BRASIL, 1950).

Interessante observar que, ao lado do dano à dignidade, a preocupação em relação ao preconceito de raça e de cor estava muito ligada a um temor de que a situação se agravasse até o ponto de ocorrer uma luta de raças. Segundo acadêmicos, de fato, havia, neste momento, o receio de um chamado “racismo às avessas”, isto é, dos negros contra os brancos. A própria expressão é preconceituosa, na medida em que sugere que o preconceito dos brancos em relação aos negros é normal e o oposto, dos negros em relação aos brancos, seria contrário à ordem das coisas (ANDREWS, 1998<sup>159</sup> *apud* CAMPOS, 2016).

George Andrews (1998 *apud* CAMPOS, 2016) também afirma que a inquietação das elites, nesse momento, originava-se de duas fontes: (i) o fato de que a mobilização dos negros recordava aos brasileiros que o Brasil não era a democracia racial que se declarava ser, e (ii) a realização de um pesadelo coletivo dos dias de

---

<sup>158</sup> Digno de nota, também, a reflexão a respeito do papel do Direito promovida pelo relator da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Plínio Barreto (pela UDN/SP), por ocasião de seu parecer: “Tudo isto, porém, não determinara a abolição do preconceito. Esse preconceito só desaparecerá quando se apagarem as reminiscências da escravidão, a massa dos homens de côr adquirir a instrução de que, presentemente, carece e o branco tiver aberto, no espírito, amplas janelas que o arejem e, através das quais, penetrem, em fortes lufadas, as doutrinas sociais inspiradas pela igualdade dos homens e alimentadas pelo sentimento cristão. Enquanto o branco mantiver a supremacia econômica, que lhe veio dos antigos senhores de escravos, e os pretos continuarem, pela escassez de recursos, a constituir as classes mais pobres, os preconceitos persistirão. Não haverá leis que os destruam. Nunca houve lei alguma que pudesse desarraigar sentimentos profundos e trocar a mentalidade de um povo. Mas isso não impede de que por meio de leis adequadas se eliminem algumas manifestações públicas desse preconceito” (BRASIL, 1950).

<sup>159</sup> ANDREWS, George Reid. *Negros e brancos em São Paulo (1888-1988)*. Tradução de Magda Lopes. Bauru: EDUSC, 1998.

escravidão, quando se temia uma vingança dos negros por meio de confrontação violenta.

Inclusive, durante a tramitação do projeto da Lei nº 1.390/51, o então deputado Hermes Lima (pela ED<sup>160</sup>/DF), advogado e ex-membro da Aliança Libertadora Nacional, propôs uma emenda no sentido de que se incluísse no texto do projeto a proibição de formação de “frentes negras” ou de quaisquer modalidades de associação baseada na cor com fins políticos. Perceba-se, mais uma vez, nesta proposta, o temor em relação à união de negros e negras para reivindicações políticas.

Temor, este, vindo, frise-se, de um parlamentar autoidentificado como de esquerda, e que se destacou na Constituinte de 1946 por combater “ativamente pela ampliação das liberdades políticas e por uma Constituição que, segundo suas próprias palavras, servisse como um ‘instrumento à eliminação das condições miseráveis em que vive o povo brasileiro’ (VI, 208)” (BRAGA, 1998, p. 282). Definitivamente, o racismo e o desejo de manutenção do *status quo* do poder nas mãos dos brancos não era uma exclusividade dos parlamentares mais conservadores.

A emenda, por mais que discriminatória (afinal não permitia associação política de negros), foi considerada constitucional, legal e jurídica e só não foi incorporada ao texto da lei porque se entendeu que ela trazia matéria de crimes contra a paz pública e não de preconceitos raciais. Felizmente este intento – de tornar crime as “frentes negras” – nunca se concretizou. De qualquer forma, este episódio ajuda a retratar o espírito daquele Congresso que aprovou a Lei Afonso Arinos e trazer a reflexão a respeito da legitimidade desta lei e do quão eficaz ela seria, já que aprovada por parlamentares, eles mesmos, racistas e com redação diversa da defendida pelo movimento social implicado na questão.

Ainda quanto ao racismo do Congresso Nacional, é ilustrativo, também, o parecer do então deputado Plínio Barreto (pela UDN/SP), relator do projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça. O parecer concluiu pela constitucionalidade, conveniência e oportunidade da proposta de Afonso Arinos, mas ele é tão combativo em sua defesa que acaba promovendo, por outro lado, preconceito contra os indígenas, veja-se sua elucubração:

Por que se nega ao preto o que se não recusa ao índio quando a cultura daquele é superior a deste? Por que se exalta o indígena e se

---

<sup>160</sup> Esquerda Democrática (ED).



despreza o africano quando maiores são neste as riquezas do coração. Si cultural e sentimentalmente o preto está colocado acima do índio porque nos havemos de comprazer com a convivência deste e nos orgulhar da sua ascendência em quanto voltamos as costas ao preto e consideramos uma injúria nos suporem nas veias algumas gotas do seu sangue? (BRASIL, 1950).

É interessante observar que a questão a respeito da legitimidade da Lei nº 1.390/51 também apareceu em uma pesquisa do Projeto UNESCO (de entrevistas a respeito da percepção social dessa lei): dentre os argumentos formulados por aqueles que demonstravam uma atitude pessimista em relação à lei, estava o de que “ela seria ‘pouco sincera’, pois vinha de um partido reacionário cujos líderes ostentavam atitudes desfavoráveis aos negros; a lei teria sido criada apenas por causa de um escândalo e visava salvar aparências e evitar repercussões negativas no estrangeiro” (BASTIDE; FERNANDES, 1959<sup>161</sup>, p. 316 *apud* CAMPOS, 2016, p. 40).

Antes de apresentar indicativos a respeito da eficácia desta lei e discutir seus efeitos concretos, cumpre procurar entender por que motivo um Congresso majoritariamente racista aprovou esta lei que, ao punir a discriminação racial, admitia a existência do preconceito de raça, sendo que é praticamente o mesmo Congresso que, cinco anos antes, não deixou passar a vedação ao “preconceito de raça ou de cor” na Constituição de 1946, por que este problema “não existiria no Brasil”.

### 6.2.2 Contexto e Oportunidade Política

Para compreender a coalisão de forças que permitiu a aprovação desta lei que acabava – formalmente – com o mito da democracia racial brasileira, há que se recorrer, novamente, à conjuntura externa e à atuação do Movimento Negro. Como bem adverte Abdias Nascimento (1978, 2017, p. 97), a Lei Afonso Arinos “não resultou de nenhum gesto espontâneo de parte dos legisladores”.

O fato que teria precipitado o nascimento da Lei foi um episódio de discriminação racial ocorrido em julho de 1950, quando Katherine Dunham, dançarina negra norte-americana de prestígio internacional, havia feito reserva no Hotel Esplanada, em São Paulo, com antecedência de dois meses e, à última hora, teve

---

<sup>161</sup> BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Branços e negros em São Paulo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Nacional, 1959.

sua hospedagem recusada. Nessa ocasião, o mesmo hotel mandou cancelar reserva de Mariah Anderson, “sob a justificativa de que o regulamento vedava a hospedagem a pessoas de côr” (NASCIMENTO, 1968).<sup>162</sup> A repercussão do fato foi imediata. Ocorreram protestos por parte de militantes negros, de intelectuais e da grande imprensa brasileira.

Poucos dias depois deste episódio, Afonso Arinos já apresentava o projeto de lei – redigido em apenas um final de semana – na Câmara dos Deputados, a qual o aprovou no mês de julho de 1950. Em julho do ano seguinte, o projeto foi aprovado pelo Senado e a Lei nº 1.390/51, sancionada pelo presidente Getúlio Vargas, sem vetos.

A justificativa da lei não faz menção a este episódio (ou do motorista) e, tampouco, ao protagonismo do Movimento Negro, que vem desde a década de 1940 reivindicando esta pauta. Em verdade, se se pensar que o temor dos parlamentares em relação à união dos negros foi um dos impulsionadores para sua aprovação, pode-se afirmar que o Movimento Negro estava, sim, nas entrelinhas dos discursos dos parlamentares.

O fato é que o Movimento Negro se posicionou favoravelmente à lei aprovada e procurou destacar seu protagonismo na elaboração e aprovação dela, contestando, com isso, a denominação “Afonso Arinos” dada à lei. Abdias Nascimento, inclusive, afirmou que a Lei Afonso Arinos foi fruto da luta dos representantes da população negra, pois veio a concretizar uma reivindicação já apresentada formalmente pelo movimento negro anteriormente, cujo projeto, inclusive, chegou a ser apresentado pelo Senador Hamilton Nogueira (UDN/DF), conforme já visto no tópico anterior. É o que se depreende da edição junho/julho de 1950 do jornal *Quilombo*, publicação do TEN, que se referiu à tramitação do projeto de Afonso Arinos como uma “‘cruzada para a segunda Abolição’, pois o projeto vinha ‘ao encontro de uma velha aspiração dos lutadores negros do Brasil’ e representava ‘mais um triunfo na grande campanha de libertação que vem se processando no Brasil’” (NASCIMENTO, 2003<sup>163</sup>, p. 114-115 *apud* CAMPOS, 2016, p. 39).

---

<sup>162</sup> Em seu livro de memórias, “A escalada: memórias” (Rio de Janeiro: José Olympio: 1965, p. 178), Afonso Arinos diz que “‘o causador principal da lei contra a discriminação’ foi um motorista negro que servia sua família havia trinta cinco anos e que fora impedido de entrar numa confeitaria em Copacabana, fato que coincidiu com o episódio envolvendo Katherine Dunham” (CAMPOS, 2016, p. 38).

<sup>163</sup> *Quilombo: Vida, problemas e aspirações do negro*. São Paulo: Editora 34, 2003.

Já segundo apuração de Carmen Silvia Fullin (1999), a lei teria repercutido, na época, de forma ambígua entre os militantes negros:

Houve quem a considerasse uma conquista – que obrigaria brancos a aceitarem mesmo que coercitivamente os negros em seus estabelecimentos – e outros que a viam como uma medida eleitoreira impossível de ser aplicada contra as classes dominantes, que visava apenas a esmorecer lutas e reivindicações sociais dos negros (Fullin, 1999<sup>164</sup>, p. 35 *apud* MACHADO; SANTOS; FERREIRA, 2015, p. 63).

O Movimento Negro, assim como todos os movimentos sociais, envolve uma pluralidade de perspectivas e ideologias, então, de fato, é possível encontrar divergências no seu interior.

Já em sua tese a respeito da repercussão nos jornais (de 1950 a 1952) da Lei Afonso Arinos, Walter de Campos (2016) concluiu que a Lei foi praticamente uma unanimidade na sociedade.<sup>165</sup> Esta conclusão é melhor compreendida, conforme coloca o autor, “quando se pensa na Lei Afonso Arinos como parte de um todo que é a temática das relações inter-raciais no Brasil, cuja percepção na época foi influenciada pela ideologia da harmonia racial brasileira” (CAMPOS, 2016, p. 135).

A Lei vigorou – com modificações importantes promovidas pela Lei nº 7.437/1985 (analisada no tópico “7.5”) – até ser revogada pela Lei nº 7.716/1989, que veio a tornar, de fato, crime condutas resultantes de preconceito de raça ou de cor (analisada no tópico “8.2”). Apesar de ter vigorado por aproximadamente 34 anos, sabe-se que “são raríssimos os casos conhecidos de processos e condenações com base na lei” (CAMPOS, 2016, p. 39).

### 6.2.3 Legitimidade e Eficácia da Lei

Com isso, fica, novamente, a questão de por que motivo, apesar da boa receptividade, a lei não obteve eficácia real, seja em condenações, seja em evitar

<sup>164</sup> FULLIN, Carmen Silvia. A criminalização do racismo: dilemas e perspectivas. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 1999.

<sup>165</sup> Por exemplo: “A edição de 7/7/1951 do *Jornal de Notícias* traz uma entrevista com o professor Jorge Prado Teixeira, membro da Comissão de Pesquisas sobre as Relações Raciais para a UNESCO. Em sua opinião, a lei antidiscriminatória recém-aprovada era oportuna porque demonstrava que o próprio governo reconhecia a desigualdade no tratamento dispensado ao negro brasileiro” (CAMPOS, 2016, p. 131).

condutas discriminatórias. Partindo desta questão, Walter de Campos (2016, p. 47) propõe, em sua tese, uma reflexão sobre “os motivos pelos quais a vontade da sociedade, objetivada na lei, não conseguiu prevalecer nas práticas das relações cotidianas”. A presente pesquisa aponta, entretanto, para a necessidade de reformular esta reflexão, pois, ao que parece, esta lei não é, verdadeiramente, fruto de uma vontade real da sociedade (sobretudo se pensarmos na sociedade dominante).

Ao lado disso, é importante destacar que não houve participação ativa dos Movimentos Negros na redação da lei, o que, segundo se entende aqui, também vem a contribuir para sua baixa legitimidade. Afinal, sem a *expertise* do movimento implicado, tem-se uma redação artificial, que descreve condutas que não representam o modo como o racismo ocorre majoritariamente no Brasil, falha que possivelmente teria sido evitada se o Movimento Negro tivesse participado de sua elaboração.

Ora, a Lei Afonso Arinos parece ter se baseado no modelo segregacionista norte-americano, na medida em que descreve condutas flagrantemente discriminatórias, tais como recusar a venda de mercadorias, a entrada em determinados estabelecimentos ou a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino. Isto é, “trata-se de uma lei casuísta, pois seus nove artigos não se aplicam a uma série de condutas discriminatórias perpetradas contra pessoas de cor negra no contexto brasileiro” (CAMPOS, 2016, p. 71).

Ocorre que, na verdade, à época, tal como ainda nos dias de hoje, a maior parte dos atos discriminatórios contra os negros eram praticados de maneira não tão ostensiva quanto nas situações descritas na lei, que, de novo, só considera atitudes que publicamente levem ao preconceito, deixando de lado atos privados e ofensas de caráter pessoal (SCHWARCZ, 2009). Eunice Prudente (1980), em sua dissertação, por exemplo, traz casos emblemáticos em que não se aplicou a lei a evidentes discriminações raciais, como o caso da advogada negra que teve acesso negado ao elevador social ou das meninas negras barradas em uma festa, considerados equívocos ou que não extrapolam ao âmbito privado.

O Movimento Negro não demorou a perceber a ineficácia da lei e a passar, portanto, a demandar que o governo brasileiro tomasse medidas rigorosas e apropriadas para o efetivo cumprimento da lei, “fazendo cessar o papel burlesco que tem desempenhado até agora”, como disse Abdias Nascimento (2017 [1978], p. 174) em manifestação na Assembleia Geral do Colóquio do Segundo Festival Mundial de Artes e Culturas Negras e Africanas, em Lagos/Nigéria, em 1977.

Florestan Fernandes, por ocasião de sua pesquisa com Roger Bastide, focou nos efeitos e as limitações da Lei Afonso Arinos, tendo sintetizado as principais críticas feitas à época pelos intelectuais negros e apontado, ao final, para a necessidade de medidas mais drásticas e eficientes. Segue a síntese de tais medidas:

a) o governo devia complementar a sua ação por meios diretos, especialmente de assistência econômica aos negros (esta ideia ocorre em grande número de depoimentos, embora não tenha sido transcrito nenhum deles); b) a lei poderá agravar a situação do negro, atirando sobre ele atenção ou a desaprovação dos brancos; c) a lei produzirá resultados, mas em escala reduzida, pois poderá ser burlada de várias maneiras; d) a lei não será aplicada, pura e simplesmente, já que não se pode esperar que o branco proceda policialmente contra o negro; e) a lei produzirá certos benefícios, todavia eles só serão usufruídos pelos negros que “subiram” socialmente, que exercem profissões liberais e pertencem às classes médias. Sem dúvida, essas atitudes são incongruentes entre si, o que infelizmente não poderemos analisar aqui. Convém frisar, no entanto, que o tópico b) diz respeito à atitude de negros que permanecem identificados com os brancos, os quais temem as consequências da lei, em particular no que concerne à continuidade da aceitação dos negros em determinados círculos sociais. As personalidades negras em questão acham que a ascensão econômica e social dos negros, lentamente, os porá em condições de manter um intercâmbio social mais estreito com os brancos. A lei representa, segundo o ponto de vista que sustentam, uma interferência artificial nesse processo, com um grave risco em perspectiva: o de intensificar a hostilidade do branco contra o negro ou, pelo menos, de agitar fatos que deveriam ser mantidos discretamente no olvido (BASTIDE; FERNANDES, 2008<sup>166</sup> [1953], p. 255-256 *apud* COSTA, 2017, p. 12).

Consequentemente, o Movimento Negro passou a demandar a revogação da lei, como se vê da fala do professor universitário, pesquisador e integrante da Frente Negra para Ação Política de Oposição (FRENAPO), Hélio Santos<sup>167</sup>, transcrita por Abdias Nascimento (2017 [1978]):

Na verdade, a “lei Afonso Arinos” não atende a nossa realidade racial por ser absolutamente inadaptada às circunstâncias em que ocorre a discriminação no Brasil. Como determinar, por exemplo, com a certeza que a Justiça pede, que houve discriminação racial na admissão a uma vaga de emprego em uma empresa? Esta poderá simplesmente alegar que o postulante não possui os requisitos técnicos exigidos para o cargo. A comunidade negra prepara-se para a montagem de um cerco eficiente a todo esse cipoal de dificuldades colocado em seu caminho e, para tanto, há de contar com três suportes fundamentais: os meios de comunicação, a fim de restaurar a imagem do negro, tão

<sup>166</sup> *Branco e negros em São Paulo* (4. ed. rev. São Paulo: Global, 2008 [1953]).

<sup>167</sup> “Chegou a hora de refletir”. Veja, 16/06/1982, p. 162.

combalida e deturpada; uma legislação que considere o caráter atípico do racismo brasileiro e puna os responsáveis, como determina a Constituição; e, finalmente, a organização da população negra a partir do fortalecimento das entidades negras e tendo como referência centros comunitários que de forma estratégica devem distribuir-se regionalmente.

Com efeito, a punição do racismo na condição de contravenção penal produziu uma mensagem de que as práticas racistas se cingem à esfera privada de ações não graves, punida com penas inócuas. Com o que a militância negra voltou a “direcionar a luta para que a conduta fosse tipificada como crime” (PIRES, 2016, p. 172).

### **6.3 As Leis Complementares à Constituição de 1946 e a Criminalização do Preconceito de Raça**

Como decorrência da aprovação da Constituição de 1946, foi instaurada uma Comissão Mista de Parlamentares para a elaboração das leis complementares decorrentes da Constituição. Com isso, em 1953, foram aprovadas duas leis que criminalizam – cada uma à sua maneira – a propaganda de preconceito de raça: as Leis nº 1.802/53 e nº 2.083/53. Neste mesmo ano também foi proposta a Lei nº 4.117/62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e que também criminaliza o abuso no exercício da liberdade da radiodifusão pela promoção de campanha discriminatória de cor e raça.

Não se tendo verificado outro motivo para tais criminalizações, ao que tudo indica, deveram-se tão-somente àquele parágrafo que passou na Constituinte de 1946, que dispunha não ser “tolerada propaganda [...] de preconceitos de raça ou de classe” (art. 141, § 5º). Até porque na década de 1950 a questão racial manteve-se como assunto proibido a desafiar a conveniente crença social da democracia racial, tanto que se retira do Censo nacional os critérios raciais, de modo que se deixa de produzir dado a respeito da composição identitária da população brasileira.

#### **6.3.1 A Lei nº 1.802/1953 e os Crimes Contra o Estado e a Ordem Política e Social (Segurança Nacional)**

A Lei nº 1.802/1953 define os crimes contra o Estado e a ordem política e social. O Brasil possui legislação especial definindo crimes contra a ordem política e social

(as também chamadas Leis de Segurança Nacional) desde 1935, quando foi sancionada a Lei nº 38/1935. Desde então até hoje, vigoraram seis diferentes diplomas legais: a Lei nº 38 foi revogada pela Lei nº 1.802/53, que foi revogada pelo Decreto-lei nº 314/1967, que foi revogado pelo Decreto-lei nº 898/1969, que foi revogado pela Lei nº 6.620/1978, que, por fim, foi revogada pela Lei nº 7.170/1983, atualmente em vigor.

A Lei nº 1.802/1953 ingressou para o banco de dados desta tese porque criminalizava, dentre seus aproximadamente 30 crimes, o ato de “fazer publicamente propaganda [...] de *ódio de raça, de religião ou de classe*” (art. 11, “b”), com pena de um a três anos, que poderia ser agravada de um terço quando a propaganda fosse feita em “quartel, repartição, fábrica ou oficina” (art. 11, § 1º). Também foi definida como crime, com as mesmas penas da propaganda, a “distribuição ostensiva ou clandestina, mas sempre inequivocamente dolosa, de boletins ou panfletos, por meio dos quais se faça a propaganda condenada nas letras a, b e c do princípio deste artigo” (art. 11, § 3º), isto é, abrange-se aí a propaganda de “ódio de raça, de religião ou de classe”.

Trata-se, portanto, do primeiro e único crime brasileiro que utiliza como elemento do tipo o “ódio” (de raça, de religião ou de classe). A utilização do termo “ódio” será evitado pelos legisladores brasileiros na sequência, apesar da tendência dos ordenamentos e das pesquisas ao redor do mundo em absorver os chamados *hate crimes* ou crimes de ódio, conforme visto na primeira parte desta tese.

Os crimes definidos na lei sob análise eram inafiançáveis (art. 40) e processados pela justiça federal. A lei ainda esclarecia que:

Art. 11, § 2º. Não constitui propaganda:

- a) a defesa judicial;
- b) a exaltação dos fatos guerreiros da história pátria ou do sentimento cívico; de defesa armada do País, ainda que em tempo de paz;
- c) a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.

A lei anterior – nº 38/1935 – definia aproximadamente 21 crimes, mas não fazia menção à propaganda de ódio de raça. Havia, por sua vez, preocupação com o ódio entre classes sociais, com a criminalização da conduta de “incitar diretamente o ódio entre as classes sociais” (art. 14), punida com prisão celular de seis meses a dois anos. Além disso, havia preocupação em punir crimes com motivação doutrinária, política ou religiosa, representada na tipificação da conduta de “incitar ou preparar

atentado contra pessoa ou bens, por motivos doutrinários, políticos ou religiosos” (art. 17), com pena de um a três anos de prisão celular, salvo se o atentado se verificar, quando a pena será do crime incitado ou preparado.

Ambos esses tipos foram mantidos na legislação sob análise: “Incitar diretamente e de ânimo deliberado as classes sociais à luta pela violência” (art. 12), com pena de reclusão de seis meses a dois anos; e “Incitar publicamente ou preparar atentado contra pessoa ou bens, por motivos políticos, sociais ou religiosos” (art. 15), com pena de reclusão de um a três anos ou a pena cominada ao crime incitado ou preparado, se se consumar.

Esta lei, como já se afirmou, foi oriunda da Comissão Mista de Leis Complementares, do Congresso Nacional, e aprovada sob o pretexto de servir, conforme parecer da Comissão de Constituição e Justiça (de relatoria do deputado João Guilherme Lameira Bittencourt, pelo PSD/PA):

De escudo e arma contra os impenitentes inimigos, tão perigosos quanto falases, que, na hora conturbada que vivemos, em todos os quadrantes do universo conspiram contra o Estado democrático e a civilização cristã, a serviço espúrio de ideologias malsãs e interesses inconfessáveis (BRASIL, 31 de maio de 1949, p. 4421).

Com efeito, a justificativa apresentada baseava-se na necessidade de dotar o “Estado das leis de que ele precisa para sua defesa e do regime, em face da ação perniciosa, tenaz e penetrante de inimigos incansáveis em seu fanatismo ideológico e sua virulência destruidora” (BRASIL, 31 de maio de 1949, p. 4421). Ainda, a justificativa dá conta de que a necessidade desta lei deriva de “imperativas solicitações da realidade política e social do Brasil que, reiteradamente, através dos sintomas e manifestações mais inequívocas e impressionantes, está a advertir-nos do que nos aguarda, à semelhança do que já vem ocorrendo em outras nações” (BRASIL, 31 de maio de 1949, p. 4421). As manifestações a que se refere a justificativa, segundo consta do projeto da lei, foram os:

[...] recentes e impressionantes acontecimentos, ligados à Campanha do Petróleo, à questão das tarifas da Light, a greves tumultuosas, frustradas, umas, apenas iniciada outras, provocadas por elementos estranhos aos trabalhadores todas, e o caso da União Nacional dos Estudantes, a final, a custo, liberta das garras vermelhas e, por último o assalto quase à mão armada à Associação Brasileira de Escritores [ABDE], serviram, entre muitos, para evidenciar, à saciedade, que fomos rigorosamente exatos e oportunos ao apontar um perigo que a



ninguém é lícito negar. Ele existe, claro, às vezes, embaçado, outras, arrogante e furioso, hoje, humilde e respeitador, amanhã, mas, sempre, pertinaz, traiçoeiro e destruidor (BRASIL, 31 de maio de 1949, p. 4421).

Ao descrever este último episódio, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça transcreveu trechos do manifesto de renúncia coletiva da diretoria da ABDE, integrada, dentre outros, pelos parlamentares Afonso Arinos e Hermes Lima. Neste trecho fica claro, enfim, que o temor é em relação ao comunismo, pois se reputam as supostas práticas subversivas, antiprofissionais e antissociais na campanha eleitoral da ABDE ao PCB. E, conclui, o manifesto:

De há muito vem essa facção política influenciando na vida de nosso órgão de classe, em cujo quadro social conseguiu infiltrar, nos últimos anos, centenas dos seus militantes, desconhecidos como escritores, mas atentos as palavras de ordem do partido e dispostos a toda a sorte de práticas de emergência. A fração comunista que aí se instalou porém acima dos deveres da inteligência e das próprias obrigações geradas pelo convívio entre confrades e atentei amigos a triste preocupação de servir a causa do ódio organizado em escala mundial” (BRASIL, 31 de maio de 1949, p. 4421).

Por fim, o parecer da Comissão exaltou o trecho abaixo colacionado como determinante para demonstrar os perigos do comunismo, ao que o relator refere como totalitarismo:

Não representa, apenas, um perigo para o Estado propriamente dito, como organismo político, mas, atenta contra a própria dignidade humana, indo até ao enviltecimento das mais lúbricas inteligências e deformação das mais brilhantes personalidades: nada absolutamente nada escapa à sua fúria iconoclasta, que, para mais seguro e célere dos seus objetivos, começa por subverter os mais sagrados e tradicionais valores morais (BRASIL, 31 de maio de 1949, p. 4421).

Quer dizer, o perigo aqui descrito é de ordem moral e política e não propriamente social ou atentório à dignidade humana como quer anunciar o início do trecho. O fato é que a Comissão concluiu por sua “constitucionalidade e notória conveniência”.

Em votação no plenário, o então deputado Pedro Pomar (pelo PCB/SP), representante comunista, foi o único a apresentar emendas, tendo apresentado 69 emendas ao projeto, das quais somente três foram aprovadas, sendo uma parcialmente. No que tange aos dispositivos que aqui interessam analisar (os

relacionados ao preconceito), importam particularmente três dessas emendas, nenhuma delas aprovadas pela Comissão de Constituição e Justiça.

A primeira é a emenda de nº 7, propondo o acréscimo ao art. 4º de um parágrafo único dizendo:

Entre outros, considera-se como atos suscetíveis de provocar a guerra civil: a) O cerceamento ou a negação ao povo dos direitos e garantias individuais assegurados na Constituição e outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota; b) a não observância dos princípios de determinação da ordem econômica e social restritos na Constituição. Pena: reclusão de 3 a 8 anos aos cabeças e de 2 a 6 anos aos demais agentes, agravada de um terço quando o responsável for presidente da república, ministro de estado, governador ou secretário de qualquer estado, chefe de polícia ou delegado. (BRASIL, 4 de junho de 1949).

A justificativa apresentada pelo deputado faz referência à Declaração das Nações Unidas e à sua consagração da ideia de que os Estados devem estabelecer “a proteção Internacional aos direitos essenciais do homem”. Ainda, refere o deputado que:

Foi reconhecido, no campo internacional, que os governos fascistas, negando aos seus povos os direitos tradicionais do homem e garantias individuais, constituíam uma ameaça a paz das Nações. Do mesmo modo, no âmbito nacional o cerceamento ou a negação dos direitos e garantias individuais assegurados na Constituição e outros decorrentes do regime e dos princípios que adota, constituem atos que podem provocar a guerra civil. Maior razão a não observância dos princípios e determinações da ordem econômica e social prescritas na Constituição. O valor do cidadão integrante de uma nação está razão direta do respeito no seus direitos e liberdades fundamentais. O povo, ao qual se negue esses direitos e liberdades não pode cooperar eficientemente com os seus governos, e será levado à revolta ou à guerra civil pelos seus próprios governantes. A ordem econômica e social prescrita na Constituição é fundamental para a estabilidade interna do país. A sua não observância é considerada como um ato provocador da guerra civil. O governo tem a obrigação de respeitar esses direitos sob pena de praticar um delito que deve ser punido e definido na lei de proteção ao Estado (Sala das Sessões, em 3 de junho de 1949 – Pedro Pomar).

Esta emenda não foi aprovada sob o argumento de que os atos a que se refere a emenda já constituíam “delitos definidos no projeto (arts. 2º, IV, 17 e 27), e os demais, se de feição criminosa, serão delitos contra a economia popular ou abuso de poder econômico” (BRASIL, 1949, p. 7413).

A segunda emenda que se destaca é a de nº 13, a qual recomenda a inclusão de um §2º ao art. 8º, que esclarecesse que “não constituirá crime o movimento coletivo de caráter popular, sem armas, em protesto contra os poderes políticos ou omissão dos poderes políticos”. Sob a justificativa de que, sem este parágrafo, a “polícia terá pretexto para prender os manifestantes que pacificamente vão perante os poderes públicos para pedir medidas ou obtenção de atos, como a manifestação dos marinheiros no Senado, os protestos contra o Estatuto do Petróleo e tantas manifestações democráticas” (BRASIL, 1949).

A Comissão emitiu parecer contrário sob o argumento de que não é necessário este esclarecimento, pois nenhum dispositivo considera delituoso “o simples movimento coletivo de protesto, pacífico, ordeiro e desarmado”. E finaliza dizendo que os “exemplos apresentados pelo nobre deputado Pedro Pomar, evidentemente, não depõem em favor da aceitação da sua tese” (BRASIL, 20 de agosto de 1949, p. 7413). Imagine-se que os exemplos trazidos pelo deputado comunista eram dos movimentos sindicais.

A terceira e última emenda que interessa referir é a de nº 26, que propõe a inclusão de um parágrafo ao artigo que criminaliza a conduta de incitar crimes por motivo ideológico, dizendo que este “só será punido no caso de ter havido em consequência desse incitamento, fatos que caracterizem o início da luta, obrigando medidas policiais ou militares”. Sob a justificação de que:

Se um indivíduo resolve incitar o povo a que ‘assassine’ todas as autoridades e proclame a Monarquia. Só por isso não será crime, se esse incitamento for inócuo. Em outros casos, o incitamento pode ficar nisso, sem consequências, o que prova ter sido inócuo. Como o incitamento e o ânimo deliberado exigirão apreciação subjetiva, é necessário que haja início de fatos, demonstrando a consequência do incitamento, exigindo medidas policiais e militares.

Esta emenda também obteve parecer contrário sob o argumento de que seria “absurdo e temerário [...] admitir dever o poder público assistir, de braços cruzados, à pregação dos mais graves e calamitosos crimes, para só agir após eles cometidos. Seria a fórmula – sem dúvida – cômoda e vantajosa para os inimigos do regime” (BRASIL, 20 de agosto de 1949, p. 7414).

Enfim, as discussões que permearam a tramitação do projeto desta lei não tiveram como foco a questão racial. O principal temor que cercou a aprovação era o comunismo e uma eventual luta de classes. Não por outro motivo que o dispositivo de

ódio de raça, de religião e de classe não é referido nem na justificativa, nem no parecer e tampouco nas discussões registradas nos diários do Congresso. Com isso, pelo menos quanto à questão racial, não se trata de uma lei legítima e, portanto, fadada à ineficácia social.

### 6.3.2 A Lei nº 2.083/1953 e a Liberdade de Imprensa

Em 12 de novembro de 1953, o então presidente Getúlio Vargas sancionou a Lei nº 2.083, que “regula a liberdade de imprensa”. Trata-se de uma lei complexa, composta por 66 artigos, divididos em dez capítulos: (i) a liberdade de imprensa; (ii) dos abusos e penalidades; (iii) do direito de resposta; (iv) dos responsáveis; (v) da ação penal (vi) da execução da sentença; (vii) da prescrição; (viii) disposições gerais; (ix) disposições transitórias; e (x) disposições finais.

Esta lei ingressou ao banco de dados desta tese porque ela criou – no segundo capítulo – dez crimes de abuso no exercício da liberdade de imprensa, dentre os quais o de fazer “propaganda que se proponha a alimentar preconceitos de raça e de classe” (art. 9º, “a”), punido com detenção de um a três meses, quando se tratar do autor do escrito, ou multa, quando se tratar de outros responsáveis subsidiários. Para entender quem seriam os outros responsáveis, é necessária a leitura do art. 26 da lei:

Art 26. São responsáveis pelos delitos de imprensa, sucessivamente:  
 a) o autor do escrito incriminado;  
 b) diretor ou diretores, o redator ou redatores-chefes do jornal ou periódico, quando o autor não puder ser identificado, ou se achar ausente do país, ou não tiver idoneidade moral e financeira;  
 c) o dono da oficina se imprimir o jornal ou periódico;  
 d) os gerentes dessas oficinas;  
 e) os distribuidores de publicações ilícitas<sup>168</sup>;

<sup>168</sup> Art. 28. Parágrafo único. Os responsáveis indicados nas letras e e f do art. 26, ficarão sujeitos unicamente à pena estabelecida no art. 53.

Art. 53. Não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter obsceno, como tal declarados pelo Juiz de Menores, ou, na falta dêste, por qualquer outro magistrado.

§ 1º Os exemplares encontrados serão apreendidos.

§ 2º Aquêle que vender ou expuser à venda ou distribuir jornais, periódicos, livros, ou quaisquer outras impressões, cuja circulação houver sido proibida, perderá os exemplares que forem encontrados em seu poder e incorrerá na multa de Cr\$ 50,00 (cinquenta cruzeiros), por exemplar apreendido. Essa penalidade será imposta mediante processo sumário, feito perante qualquer juiz criminal, por iniciativa do Ministério Público e com audiência do acusado, que será citado para se defender no prazo de quarenta e oito (48) horas.

f) os vendedores de tais publicações<sup>169</sup>.

Há, portanto, uma cadeia extensa de responsabilização por esses delitos, sendo que a detenção<sup>170</sup> é reservada tão somente ao autor do escrito, restando aos demais, pena de multa isolada. A ação penal do crime de propagar preconceito de raça ou de classe era pública, de competência do Ministério Público (art. 29, II), o qual tinha o prazo de dez dias, contados do dia em que lhe fosse solicitada essa providência, “sob pena de multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros), sem prejuízo da responsabilidade funcional em que incorrer” (art. 30). Este um dispositivo bastante interessante e também bastante raro no processo penal brasileiro. Isto é, a imposição de sanção pecuniária ao Ministério Público e responsabilização funcional de seu representante, em caso de exceder ao prazo para a propositura da denúncia.

O julgamento previsto na lei para seus crimes era de competência de um tribunal popular, composto por Juiz de Direito (o que houver dirigido a instrução) e por quatro cidadãos (sorteados dentre os vinte e um jurados da comarca) (art. 41). E, de acordo com a deliberação dos jurados, o juiz lavrava a sentença (art. 47).

Também o tema da prescrição era regulado pelo procedimento especial desta lei, segundo o qual a ação prescrevia após dois meses da data da publicação do escrito incriminado e a condenação prescrevia no dobro do prazo em que fosse fixada (art. 52), ou seja, entre dois e seis meses. Em 1956, o prazo prescricional da ação aumentou para um ano (após a data da publicação do escrito incriminado), a partir de uma reforma pontual neste artigo operada pela Lei nº 2.728/56.

Esta reforma, a propósito, foi de autoria<sup>171</sup> (PL 4288/1954) do então deputado Paulo Lauro (pelo PSP<sup>172</sup>/SP), que a apresentou aproximadamente cinco meses após a publicação da Lei nº 2.083/53, sob a justificativa de que era impossível respeitar o prazo restrito e improrrogável de dois meses, dado o “acúmulo de processos por delitos de outras naturezas e referentes a réus presos, de curso preferencial” (BRASIL, 1954). Tal circunstância, continua o deputado, “torna a lei inoperante e deixa permanentemente em desassossego a própria sociedade, que fica sem os meios para

---

<sup>169</sup> Idem nota anterior.

<sup>170</sup> Art. 49. A pena de prisão será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réu de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário.

<sup>171</sup> À título de esclarecimento, é de se comentar que o projeto originário do Dep. Paulo Lauro aumentava o prazo prescricional de dois meses para seis meses, tendo sido o Relator (Deputado Raul Pilla, pelo PL/RS) do projeto na Comissão de Constituição e Justiça que dilatou o prazo para um ano, conforme restou aprovado.

<sup>172</sup> Partido Social Progressista.

o restabelecimento do indispensável equilíbrio social” (BRASIL, 1954). Por fim, concluiu o deputado em sua “justificação” que:

A lei atual, pela sua inaplicabilidade, é um aceno às agressões, às vinditas e à desesperança dos cidadãos nos próprios poderes constituídos que não lhes fornecem, sob o manto legal, a proteção e as garantias próprias dos povos civilizados. Compete ao Poder Legislativo restabelecer, ou corrigir, com a maior presteza, a eficiência de uma lei que, na prática, longe de atender aos legítimos interesses da sociedade, só lhe proporciona desajustes.

Voltando à análise da Lei nº 2.083/53 – que regula a liberdade de imprensa –, ela também foi proposta pela Comissão Mista de Leis Complementares (PL 403/1948), sob relatoria do então deputado Plínio Barreto (pela UDN/SP).

Há um longo histórico legislativo brasileiro de regulamentação da liberdade de imprensa. Destaca-se, nesse sentido, que desde 1822, há a proclamação da liberdade de imprensa/de informação e sua regulamentação. Quer dizer, já se alertava desde então sobre a necessidade de atuação da lei para evitar que

pela imprensa, ou verbalmente ou de qualquer outra maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranqüilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis, que promovendo a anarquia e a licença, ataquem o sistema que os povos deste grande riquíssimo Reino, por sua própria vontade escolheram, abraçaram e requereram (BRASIL, agosto de 1991, p. 4765).

Posteriormente, no período imperial também não se modificaram os critérios de controle da liberdade de imprensa e os meios de repressão.

A Carta de Lei de 2 de outubro de 1823, decretada pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, após declarar em seu primeiro artigo que “nenhum escrito, de qualquer qualidade, volume ou denominação, são sujeitos à censura, nem antes, nem depois de impressos”, hostilizava, logo em seguida, aquela petição de princípios ao punir todos que negassem a verdade dos dogmas da religião católica romana; defendessem dogmas falsos; excitassem o povo à rebelião tanto por ação direta quando por meios indiretos “fazendo alegorias, espalhando desconfianças” ou atacassem a forma de Governo, a moral cristã ou os bons costumes (BRASIL, agosto de 1991, p. 4765).

Isto é, o elenco de restrições tinha como vertente uma concepção autoritária em torno da manutenção de uma dada ordem moral, política e religiosa. Infere-se daí, portanto, uma contradição entre a proclamação da liberdade de imprensa e sua

imediate regulamentação/restrrição. Isso pode dar a entender que leis de restrição à liberdade de imprensa são desnecessárias e autoritárias. Entretanto, o que a evolução das democracias no mundo está a demonstrar é, ainda, a necessidade de restrição à liberdade de imprensa, de modo a, inclusive, preservar os valores democráticos.<sup>173</sup>

O foco para a análise da legitimidade das restrições à liberdade de imprensa tem que estar, portanto, nos motivos apresentados nas leis para a respectiva restrição. Aí que se perceberá o quão autoritária ou democrática será a restrição à liberdade.

O que se pretendeu, ao mostrar, brevemente, o histórico das leis de imprensa brasileiras, foi apresentar o interessante avanço da Lei nº 2.083/53, ao restringir a liberdade de imprensa para a proteção contra o preconceito de raça. Afinal, o que se tinha até então nas leis brasileiras era a preocupação em defender valores/dogmas burgueses ou católicos das ameaças dos “inimigos”. Quer dizer, o valor defendido não era democrático e inclusivo, pelo contrário, era autoritário e excludente.

Novamente, a explicação para esta inclusão, em um momento em que raça era assunto proibido, está na Constituição de 1946 e sua intolerância à propaganda de preconceito de raça ou de classe.

### 6.3.3 O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962) e a Criminalização da Discriminação de Classe, Cor, Raça ou Religião

A Lei nº 4.117/1962, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações possui 78 artigos, dentre os quais dispõe a respeito do delicado tema da liberdade de imprensa. Nesse aspecto, ingressou para o banco de dados porque criminaliza o emprego da radiodifusão para “promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião” (art. 53, “e”<sup>174</sup>).

---

<sup>173</sup> Como se pode ver do estudo de direito comparado constante do voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 130: “O *Pressekodex* determina, ainda, que jornalistas e editores não podem exercer atividade diversa que coloque em questão a credibilidade da imprensa (Artigo 6). A discriminação por sexo, deficiência, origem étnica, religiosa ou social também não é permitida (Artigo 12). Nesse sentido, o código define, inclusive, que deve ser evitada a menção da origem religiosa, social e/ou étnica do criminoso, de modo a evitar o surgimento de preconceitos. O artigo 4o estabelece a proibição da abordagem de determinados temas e conteúdos: a utilização de insígnias de organizações proibidas pela Constituição; a discriminação por nacionalidade, raça, religião e etnia; a negação ou a diminuição dos atos cometidos pelo Nacional Socialismo; glorificação da guerra, pornografia e atos de abuso sexual contra crianças e adolescentes” (STF, 2009, p. 247-48).

<sup>174</sup> “Art 53. Constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprêgo desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no País, inclusive:[...]

As sanções previstas na lei são de ordem administrativa e penal, a depender da violação. A sanção punitiva é de detenção de um a dois anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro (art. 70<sup>175</sup>). De qualquer forma, observe-se que é privilegiada, nesta lei, as sanções administrativas, tal como multa, suspensão e cassação, o que minimiza os efeitos penais sobre o responsável.

Esta Lei foi proposta (PLS nº 36/1953) pelo então senador Alexandre Marcondes Filho (pelo PTB/SP), para regulamentar o art. 5º, XII, da Constituição de 1946. É o que se afere de sua justificativa, que diz ser escopo do projeto “reajustar a definição jurídica do serviço quer às novas condições criadas pelo progresso da técnica, quer às modificações de ordem constitucional [...] quer à realidade econômica nacional” (BRASIL, 1953).

A proposta, segundo anuncia o senador, em sua Exposição de Motivos, é baseada, em grande parte, nas Conclusões do 2º Congresso de Radiodifusão, reunido em São Paulo, em 1953, do qual participaram delegados de 250 emissoras. As associações de rádio reivindicavam, sobretudo, maior liberdade na emissão das ideias. Com isso, o projeto representava um avanço democrático em relação à regulamentação anterior, na medida em que garantia a liberdade de expressão, com algumas exceções (em que não se incluía, entretanto, o preconceito de raça). Além do que não havia dispositivo penal, somente administrativo. os dispositivos penais foram incluídos no decorrer de sua tramitação.

Quanto aos limites à liberdade de expressão, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça (sob relatoria do então deputado Atílio Vivacqua, pelo PR/ES) defendeu que alguma coisa deveria ser vedada, por princípio de ordem pública, além da igualdade de tratamento e de oportunidade, os quais deveriam ser assegurados no regime de concessão dos serviços públicos, particularmente, no serviço de radiodifusão, de canais privilegiados. Isso porque, justificou ainda o deputado:

A outorga da concessão, sem o reconhecimento e efetivação dos principio que enunciamos, será criar mais um tremendo instrumento de poder político, psicológico e econômico em favor do domínio de grupos e classes sociais. Mais do que uma irredutível

---

e) promover campanha discriminatória de classe, côr, raça ou religião”.

<sup>175</sup> “Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos”.



incompatibilidade com o regime democrático, isto constituirá um dos maiores perigos que o ameaçam (BRASIL, 1957).

Assim que, com a inclusão do projeto de autoria do então Deputado Prado Kelly em apenso ao projeto do Código, foi incluída a referência ao preconceito de raça no Código Brasileiro de Telecomunicações.

#### **6.4 Lei nº 2.889/1956 e a Denominação do Genocídio no Brasil**

A Lei do Genocídio brasileira entrou em vigor em 1956, após sanção do então presidente Juscelino Kubitschek (PSD), e permanece vigente até hoje. É uma lei composta por sete artigos. O primeiro esclarece que “quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; será punido com as penas já previstas para os respectivos crimes no Código Penal. As penas são, respectivamente: a) homicídio qualificado (12 a 30 anos); b) lesão corporal gravíssima (2 a 8 anos); c) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (5 a 15 anos); d) aborto provocado por terceiro (3 a 10 anos); e (e) sequestro e cárcere privado (1 a 3 anos).

Isto é, diferente de propriamente criar um novo crime, a lei mais bem esclareceu que quem praticar as ações ali previstas (matar, lesionar, etc.) tendo como motivação a destruição de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, comete “genocídio”. Como as ações já são consideradas criminosas em si (pelo menos, a maioria delas), as penas mantêm-se as mesmas dos respectivos crimes. O que a lei faz, então, é denominar o “genocídio” no ordenamento brasileiro.

Além de nomear o crime de genocídio, a lei criou dois novos tipos penais: a associação (de mais de três pessoas) para a prática de genocídio, com pena de

metade da cominada ao genocídio (art. 2º)<sup>176</sup>; e a incitação, direta e pública, ao genocídio, também com pena de metade da cominada para o genocídio (art. 3º)<sup>177</sup>, sendo aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa (art. 3º, § 2º). Ainda, todos os crimes terão aumento de 1/3 (um terço), quando cometidos por governante ou funcionário público (art. 4º).

Esta lei foi proposta (PL nº 249) em 1951, pelo então deputado Adroaldo Costa (pelo PSD/RS), em cumprimento à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, firmada pelo Brasil e aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951.

Com a promulgação da Convenção, era necessário adequar o ordenamento brasileiro com seus preceitos. De fato, a Convenção, em seu artigo V, determina que as partes contratantes assumam o:

compromisso de tomar, de acordo com suas respectivas constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar as aplicações das disposições da presente Convenção, e, sobretudo a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III<sup>178</sup>.

É dizer, era necessária a inclusão das figuras delituosas – relacionadas ao genocídio – definidas no texto da Convenção, no ordenamento penal brasileiro, cominando-lhes as penas adequadas. Isso foi feito à exatidão. A descrição do genocídio na lei brasileira é idêntica à descrição proposta na Convenção, qual seja:

#### ARTIGO II

Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

---

<sup>176</sup> À época já havia o crime de reunir-se, mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes, punida com a pena de reclusão de um a três anos; pena aplicada em dobro se a quadrilha ou bando for armada (art. 288).

<sup>177</sup> Também já havia, à época, o ainda vigente delito de incitação pública à prática de crime, punido com a pena de detenção de três a seis meses ou multa (art. 288), bem como o de apologia pública de crime ou criminoso, punido com a mesma pena (art. 287).

<sup>178</sup> ARTIGO III. Serão punidos os seguintes atos: a) o genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a co-autoria no genocídio.

- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Os artigos 2º e 3º da lei brasileira também obedecem diretamente à Convenção (artigo III), ao punirem, respectivamente, a associação e a incitação ao genocídio. A tentativa de genocídio, também referida na Convenção, é punida, nos termos desta lei, com 2/3 da pena do crime consumado (art. 5º).

Enfim, o que ficou à livre criação do legislador foram as penas e, neste ponto, parece que foi bem o legislador, na medida em que não estipulou penas maiores do que as que já existiam no Código Penal, tendo procurado crimes equivalentes na parte especial e indicado as mesmas penas. Essa equiparação de penas só não foi realizada nos dois tipos penais criados pela lei: a associação para genocídio e a incitação ao genocídio, em que as penas ficaram superiores às já estipuladas na parte especial do Código Penal para a quadrilha e incitação ao crime ou ao criminoso, que seriam os crimes equivalentes.

Outros preceitos não obrigatórios que a lei contém são o aumento de um terço da pena na incitação ao genocídio, quando por meio da imprensa, e o aumento de um terço de todos os crimes da lei, quando cometidos por governante ou funcionário público. Este último aumento justifica-se para deixar claro, como determina a Convenção (artigo IV<sup>179</sup>), que os autores de genocídio serão punidos como tal, independente de serem governantes, funcionários públicos ou particulares. Dirimindo-se, com isso, qualquer dúvida a respeito de se funcionários públicos poderiam ser autores de genocídio.

Inclusive, em 1969, com o Decreto nº 1.001/69, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar decretaram o Código Penal Militar, que veio, também, a tipificar o genocídio como crime militar em tempo de paz, nestes termos: “Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo” (art. 208), punido com reclusão de 15 a 30 anos. O tipo vinha, ainda, complementado pelos casos assimilados ao genocídio:

---

<sup>179</sup> “As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III serão punidas, sejam governistas, funcionários ou particulares”.

Parágrafo único. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim:

I - inflige lesões graves a membros do grupo;

II - submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;

III - força o grupo à sua dispersão;

IV - impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

V - efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo.

A tipificação do Genocídio é mais uma medida que procura enfrentar a comissão de delitos por razão de preconceito/ódio em razão da raça, sem, no entanto, fazer referência às demandas do movimento social implicado, no caso o negro. Abdias Nascimento, por exemplo, já utilizava a palavra “genocídio” para descrever o tratamento dado ao negro no Brasil desde a década de 1940. Conforme destaca Florestan Fernandes no prefácio à obra “*O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*”, de Abdias: “Da escravidão, no início do período colonial, até os dias que correm, as populações negras e mulatas têm sofrido um genocídio institucionalizado, sistemático, embora silencioso. Aí não entra nem uma figura de retórica nem um jogo político” (FERNANDES, 2017 [1978], p. 19).

Até a atualidade o movimento negro trabalha com a hipótese de haver genocídio de negras e negros no Brasil, tendo em vista os dados de assassinatos do país. O Mapa da Violência de 2012, por exemplo, apresentou a conclusão de que na década compreendida entre 2002<sup>180</sup> e 2012, a tendência é de “queda do número absoluto de homicídios na população branca e de aumento nos números da população negra” (p. 9). O número de homicídios de brancos caiu de 18.867 em 2002 para 14.047 em 2010, o que representa uma queda de 25,5%. Já os homicídios de negros tiveram um forte incremento: passam de 26.952 para 34.983, representando um aumento de 29,8% (WAISELFISZ, 2012). Com isso, conclui o relatório que “por cada branco vítima de homicídio proporcionalmente morreram 2,3 negros pelo mesmo motivo” (WAISELFISZ, 2012, p. 14). As taxas juvenis duplicam, ou mais, às da população total: houve um decréscimo de 32,3% na morte de jovens brancos ao passo que os jovens negros vitimados aumentaram 32,4% (WAISELFISZ, 2012).

---

<sup>180</sup> “Em 2002, quando a identificação de raça/cor já era de 92,6% das vítimas de homicídio, consideramos o nível suficientemente confiável para iniciar as análises sobre o tema” (WAISELFISZ, 2012, p. 6).

Tendo em vista esses níveis intoleráveis de vitimização negra, sobretudo da juventude negra, é que o movimento negro vem denunciando o genocídio negro e colocando esta questão na agenda pública. Historicamente, os governos nacionais não reconheciam esta realidade e se apoiavam no mito da democracia racial para justificar a ausência de preocupação com as questões especificamente raciais.

Até que em 2012, o governo federal absorveu a ideia e lançou o Plano Nacional de Prevenção à Violência contra a Juventude Negra visando a diminuir o índice de homicídios que atingem os jovens negros do País. Não é só, em 2015, o Senado instaurou uma CPI do Assassinato de Jovens, a partir do Requerimento nº 115, de autoria da senadora Lídice da Mata (pelo PSB/BA), a qual pretendia investigar o grande número de assassinatos de jovens no Brasil, e que, no seu decorrer, tomou a decisão de focar apenas nos homicídios de jovens negros, “assumindo a denúncia da prática de racismo institucional e genocídio por parte do Estado brasileiro em relação a essa parcela da população” (BRASIL, 2016, p. 120).

Com efeito, as conclusões dispostas no relatório final da CPI apontaram para o fato de que “as mortes por assassinato da juventude negra estão diretamente relacionadas à ação ou omissão do Estado” (BRASIL, 2016<sup>181</sup>, p. 31), seja por não garantir uma vida sem violência, seja por se omitir na sua apuração. Segundo apurado na CPI, “o expediente dos autos de resistência<sup>182</sup> tem sido utilizado de forma recorrente pelos policiais para justificar a morte daqueles jovens” (BRASIL, 2013, p. 31). De modo que afirmou em letras garrafais que:

Esta CPI, em consonância com os anseios do Movimento Negro, bem como com as conclusões de estudiosos e especialistas do tema, assume aqui a expressão GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA como a que melhor se adequa à descrição da atual realidade em nosso país com relação ao assassinato dos jovens negros ( BRASIL, 2016, p. 33-34).

Assim, apesar da emergência do termo “genocídio” no debate público, promovido pelos movimentos de negros e negras, o sistema de justiça criminal não o

---

<sup>181</sup> Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em 1º de outubro de 2017.

<sup>182</sup> “Embora a autoria do homicídio seja conhecida, todos os estudiosos são unânimes em afirmar que nos autos de resistência há uma negligência institucional na apuração da materialidade do crime. A ausência sistemática dos laudos periciais cadavéricos, para indicar a causa da morte, e o relato dos policiais militares como únicas provas testemunhais são as manifestações mais palpáveis desta conclusão” (BRASIL, 2013, p. 43)

tem utilizado para tipificar as condutas por trás desses assassinatos. Pelo contrário, historicamente o sistema penal utiliza do expediente dos “autos de resistência”, procedimento que resulta no arquivamento sumário de ocorrências envolvendo homicídios dolosos.

Mais recentemente o Movimento Negro, em especial das mulheres negras, vem chamando a atenção para o genocídio das mulheres negras. Novamente a partir da apropriação dos dados a respeito do feminicídio no Brasil. O Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil (WASELFSZ, 2015) apresentou o dado de que o número de homicídios de mulheres brancas caiu 9,8% entre 2003 e 2013, enquanto o homicídio de mulheres negras aumentou 54,2% no mesmo período. Essa distância relativa, entre as taxas de vítimas brancas e negras, é o que se denomina índice de vitimização negra, o qual, em 2003, era de 22,9%, isso é, proporcionalmente, morriam assassinadas 22,9% mais negras do que brancas. O índice foi crescendo lentamente, ao longo dos anos, para, em 2013, chegar a 66,7%.

## 6.5 Conclusão do Período

A República populista deixou como legado, como se pode ver da Quadro abaixo, cinco leis que penalizam condutas discriminatórias ou de preconceito, das quais duas permanecem em vigor: a lei que definiu o crime de genocídio e o Código Brasileiro de Telecomunicações. A Lei Afonso Arinos, a Lei de Segurança Nacional de 1953 e a Lei de Imprensa de 1953 não estão mais em vigor, mas foram substituídas por outros diplomas legais, analisados na sequência.

*Quadro 8 - Comparação leis penais antidiscriminatórias da República Populista (1945-1964)*

|                              | <b>Lei 1.390/51</b>  | <b>Lei 1.802/53</b>  | <b>Lei 2.083/53</b>   | <b>Lei 2.889/56</b>   | <b>Lei nº 4.117/62</b>   |
|------------------------------|--|--|---|---|--|
| <b>Propositura</b>           | Legislativo. Dep. Afonso Arinos (UDN/MG). PL 562/50.   | Legislativo. Senado. Comissão Mista de Leis Complementares. PL 1451/49.  | Legislativo. Senado. Comissão Mista de Leis Complementares. PL 403/48.  | Legislativo. Dep. Adroaldo Costa (PSD/RS)   | Legislativo. Senado. Sen. Marcondes Filho (PTB/SP). PLS 36/53. PL 3549/57.                                   |
| <b>Tempo de tramitação</b>   | 1 ano.   | 4 anos.  | 5 anos e 6 meses.   | 5 anos e 6 meses.   | 9 anos.  |
| <b>Preconceito abrangido</b> | Raça e cor.  | Raça, classe e religião.   | Raça e classe.  | Grupo nacional, étnico, racial ou religioso.  | Classe, côr, raça ou religião.   |
| <b>Condutas punidas</b>      | (i) “Recusar alguém hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade, por preconceito de raça ou de cor” (art. 2º);<br>(ii) “Recusar a venda de mercadorias em lojas de | Art. 11. Fazer publicamente propaganda:<br>a) de processos violentos para a subversão da ordem política ou social; | Art 9º. Constituem abusos no exercício da liberdade de imprensa, sujeitos às penas que vão ser indicadas, os seguintes fatos: | Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: | Art 53. Constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprêgo desse meio de comunicação para |

|             |  |  |   |  |  |
|-------------|--|--|---|--|--|
|             | <p>qualquer gênero, ou atender clientes em restaurantes, bares, confeitarias e locais semelhantes, abertos ao público, onde se sirvam alimentos, bebidas, refrigerantes e guloseimas, por preconceito de raça ou de cor" (art. 3º); (iii) "Recusar entrada em estabelecimento público, de diversões ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabeleireiros por preconceito de raça ou de cor" (art. 4º); (iv) "Recusar inscrição de aluno em estabelecimentos de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça ou de cor" (art. 5º); (v) "Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo do funcionalismo público ou ao serviço em qualquer ramo das forças armadas, por preconceito de raça ou de cor" (art. 6º); e (vi) "Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça ou de cor" (art. 7º)</p> | <p>b) de ódio de raça, de religião ou de classe; [...]</p> <p>§ 2º Não constitui propaganda:</p> <p>a) a defesa judicial;</p> <p>b) a exaltação dos fatos guerreiros da história pátria ou do sentimento cívico de defesa armada do País, ainda que em tempo de paz;</p> <p>c) a exposição a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.</p> <p>§ 3º Pune-se igualmente, nos termos deste artigo, a distribuição ostensiva ou clandestina, mas sempre inequivocamente dolosa, de boletins ou panfletos, por meio dos quais se faça a propaganda condenada nas letras a, b e c do princípio deste artigo.</p> | <p>fazer propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou <i>propaganda que se proponha a alimentar preconceitos de raça e de classe:</i></p>                            | <p>a) matar membros do grupo;</p> <p>b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;</p> <p>c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;</p> <p>d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;</p> <p>e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;</p> <p>Art.2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior:<br/>Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.</p> <p>Art. 3º Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º:<br/>Pena: Metade das penas ali cominadas.<br/>§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumir.<br/>§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa.<br/>Art. 4º A pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1º, 2º e 3º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.</p> | <p>a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no País, inclusive: [...]</p> <p>e) promover campanha discriminatória de classe, cõr, raça ou religião; [...]</p>   |
| <b>Pena</b> | <p>Varia entre multa isolada até prisão simples de 1 ano.</p>  | <p>Reclusão de 1 a 3 anos.<br/>§ 1º A pena será agravada de um terço quando a propaganda for feita em quartel, repartição, fábrica ou oficina.</p>   | <p>1 a 3 meses de detenção, quando se tratar de autor do escrito ou multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), a Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros) quando se tratar de outros responsáveis subsidiários.</p> | <p>Será punido:<br/>Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;<br/>Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;<br/>Com as penas do art. 270, no caso da letra c;<br/>Com as penas do art. 125, no caso da letra d;<br/>Com as penas do art. 148, no caso da letra e.</p>   | <p>1 a 2 anos de detenção ou perda de cargo ou emprego, apurada a responsabilidade em processo regular, iniciado com o afastamento do acusado até decisão final; [...] para a autoridade responsável por violação de telecomunicação, as penas serão</p> |

|   |  |   |                                  |  |   |
|---|--|---|----------------------------------|--|---|
|   |  |   |                                  |  | aplicadas em dobro.                                 |
| <b>Vigência</b>                           | Revogada pela Lei nº 7.716/1989.   | Considera-se revogada pelo DEL 314/1967.  | Revogada pela Lei nº 5.250/1967. | Em vigor.  | Em vigor.   |
| <b>Justificativa oficial</b>              | O preconceito de raça ou de cor é uma das "manifestações mais chocantes de desrespeito aos direitos do homem e à dignidade da pessoa humana"; Constituição de 1946; acordos internacionais; receio em relação a uma luta de raças; lei enquanto instrumento eficaz de antecipação e orientação da evolução social. | Constituição de 1946. Necessidade de defender o Estado e o regime dos inimigos. | Constituição de 1946.            | Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão do Genocídio (1948).                        | Regulamentar art. 5º, XII, da Constituição de 1946. |
| <b>Gatilho/detonador</b>                  | Episódio de discriminação racial e imagem do Brasil perante a comunidade internacional.  | Manifestações "comunistas".   | Não identificado.                | Idem oficial,  | Não identificado.                                   |
| <b>Posicionamento do movimento social</b> | Movimento Negro demandou que racismo fosse crime de lesa-pátria. Aprovou a lei. Avocou seu protagonismo para a aprovação.  | Não identificado.   | Não identificado.                | Movimento Negro utiliza do termo para denominar os assassinatos sistemáticos da população negra. | Não identificado.                                   |

Fonte: Elaborado pela Autora.

As condutas penalizadas podem ser divididas em três grupos: (i) impedir acesso por preconceito de raça; (ii) fazer propaganda de ódio (de raça, de classe ou de religião) e (iii) cometer crimes violentos com o intuito de destruir grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Todas as leis decorreram de proposta do Poder Legislativo e tiveram como média de tramitação o decurso de cinco anos. As justificativas não fizeram referência expressa ao Movimento Negro, o qual demandava publicamente a criminalização do racismo. Das cinco leis, três decorreram diretamente da Constituição de 1946, e as outras duas fizeram menção a acordos e convenções internacionais. Por trás das justificativas se encontra muito mais uma preocupação em relação à imagem do Brasil perante a comunidade internacional e de preservação do regime, diante de supostas ameaças comunistas de lutas de classes ou até de raças, do que uma preocupação em enfrentar problemas sociais reais brasileiros.



## 7 DITADURA MILITAR E A “RAÇA” SE MANTÉM NA AGENDA LEGISLATIVO-PENAL

Em 2 de abril de 1964, o então Presidente João Goulart (PTB) foi deposto pelo – à época autoproclamado – “movimento militar revolucionário”, depois apropriadamente chamado “golpe militar de 1964”, pondo fim ao período de redemocratização e iniciando o longo período de 21 anos de ditadura militar no Brasil.

Havia uma campanha anti-Goulart desde o momento em que ele assumiu a presidência em 1961. A campanha fortaleceu-se, a partir de 1963, devido ao acirramento entre duas agendas políticas – à esquerda e à direita – “disputando para se transformar num projeto para o país” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 442).

Jango equilibrou-se no governo até idos de março de 1964, quando começaram os gatilhos para sua queda. Como, por exemplo, o dia 13 de março de 1964, quando Jango participou do comício da Central do Brasil, no Rio de Janeiro, dando indícios de que iria enfrentar o Congresso Nacional (majoritariamente alinhado à direita), ao escancarar a força das esquerdas e o avanço dos trabalhadores ao lado do governo (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

A onda de suspeição sobre as intenções do governo assustava os parlamentares, agitava a imprensa e acabou atingindo a opinião pública (recorde-se, aí, o temor em relação ao “comunismo”, derivado do contexto internacional da Guerra Fria). Tanto que já no dia 19 de março eclodiu uma forte reação conservadora ao comício da Central do Brasil, em São Paulo, quando “uma multidão saiu da Praça da República e marchou compacta até a Praça da Sé, carregando faixas, bandeiras, e uma profusão de rosários – para salvar o Brasil de Jango, de Brizola e do comunismo, gritavam em coro” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 444). Esta Marcha da “Família com Deus pela Liberdade”:

Foi preparada pelo Ipes<sup>183</sup> através da União Cívica Feminina, um dos muitos grupos de mulheres organizados pelo instituto em todo o país

---

<sup>183</sup> “Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (Ipes), fundado, no final de 1961, por um grupo de empresários do Rio e de São Paulo, e por um punhado de oficiais que orbitavam em torno da Escola Superior de Guerra” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 440). Este instituto é responsável, desde seu fundamento, por atuar nos subterrâneos com uma política de desestabilização do governo, por meio de disseminação de propaganda anticomunista, e também articulava traçando “estratégias de

para fazer pressão política. Reuniu em torno de 500 mil pessoas, e tinha dois propósitos: servir como resposta ao comício da Central do Brasil e lançar um eloquente apelo da sociedade à intervenção das Forças Armadas (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 444).

A instabilidade política foi avançando até que o presidente do Senado, o então senador Auro de Moura Andrade (pelo PSD/SP), depôs Goulart, convocando uma sessão conjunta secreta do Congresso Nacional – em 2 de abril de 1964 – declarando vaga a Presidência da República. Segundo Lilia Schwarcz e Heloisa Starling (2015), àquela época, ninguém – nem o presidente do Senado, nem o próprio Jango, que pouco teria resistido à deposição – imaginava outra coisa senão que os militares retomariam a estabilidade e conduziriam eleições em 1965<sup>184</sup>, como os anteriores intervencionismos das Forças Armadas ocorrido no Brasil; mas, como se sabe, todos se enganaram (ou foram enganados) e a ditadura durou 21 anos.

Foi um período marcado por forte repressão a todas as formas de resistência social, desde as forças populares organizadas, até, claro, os movimentos sociais (identitários). Com isso, a atuação dos Movimentos Negros foi sufocada e, novamente, racismo tornava-se assunto proibido. O mito da democracia racial mantém-se forte durante a ditadura para “justificar o discurso da unidade da sociedade brasileira” (PIRES, 2016, p. 82). Da mesma forma, associações de mulheres praticamente desapareceram, voltando a tomar impulso a partir de 1975, com a proclamação do Ano Internacional da Mulher, pela ONU (já num momento de fragilidade da ditadura, como será visto a seguir). É no final da década de 1970, também, que os Movimentos LGBT’s surgirão no Brasil, enquanto grupos de militância homossexual (MASIERO, 2014).

Como se pode imaginar, nesse período entre 1960 e 1980, não houve enfrentamento adequado à estrutura social racista, machista e heteronormativa da sociedade brasileira. Entretanto, não se pode ignorar que nesse período surgiram alguns instrumentos normativos interessantes – e que, de alguma forma, procuraram enfrentar essa estrutura social calcada no preconceito e na discriminação.

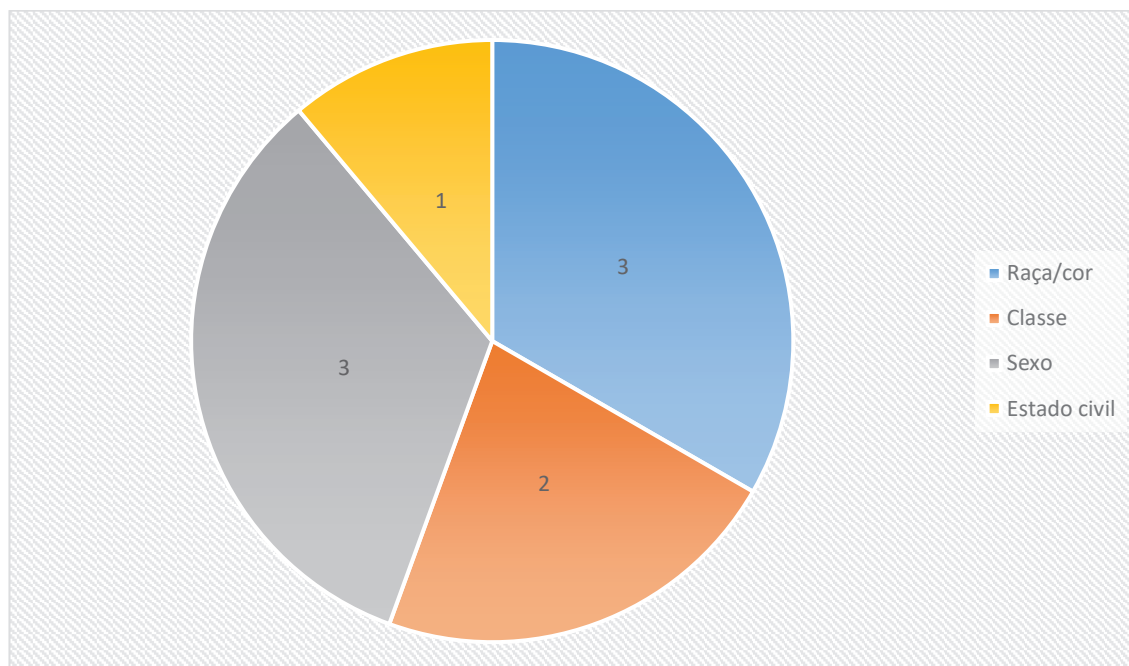
---

planejamento para subsidiar um novo projeto de governo e desenvolvimento para o país, aberto ao fluxo do capital internacional e com vocação autoritária” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 441).

<sup>184</sup> Inclusive, o presidente eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, em 11 de abril de 1964, e único candidato, general Humberto de Alencar Castello Branco, em seu discurso de posse “jurou defender a Constituição de 1946, prometeu entregar o cargo ao seu sucessor em 1965 e garantiu que as cassações estavam encerradas” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 448).

São legislações, enfim, que trazem normas de conteúdo antidiscriminatório, direcionadas a proteger determinados grupos sociais, representadas no gráfico abaixo:

Gráfico 11 - Categorias identitárias dos dispositivos penais do período (1964-1988)



Fonte: Elaborado pela autora.

Conforme será analisado nos tópicos a seguir, esses instrumentos são: (i) a Constituição de 1967; (ii) a Nova Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67); (iii) a Lei nº 5.473/68; (iv) o Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar); (v) a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83); e (vi) a Lei nº 7.437/85.

### 7.1 A Constituição de 1967 e o Mandado de Criminalização do Racismo

Em que pese a severa repressão política do período, o regime apresentava-se, nos seus 18 primeiros meses, como uma falsa democracia, que, em tese, permitia o funcionamento do Poder Legislativo e tolerava os partidos políticos do período anterior. Não sem antes expurgar as lideranças tidas por mais perigosas, como, por exemplo, a ocorrida em 8 de abril de 1964, “quando três deputados mineiros tiveram seus mandatos cassados, em sessão secreta, a partir do rito sumário especialmente criado para tanto” (SILVA; MILAGRES, 2010, p. 79).

A ditadura militar procurava, inclusive, enquadrar seus atos juridicamente, construindo, assim, uma legalidade baseada no arbítrio ou uma “legalidade de exceção” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 456). Mesmo com este cuidado, a verdade é que a ditadura violava sua própria legalidade de exceção, sobretudo quando o assunto era a repressão política.

O primeiro Ato Institucional (AI-1<sup>185</sup>) foi redigido em segredo e promulgado oito dias após o golpe. Ele continha 11 artigos, dentre os quais o que transferia parte dos poderes do Legislativo para o Executivo, o que limitava o Judiciário, os que suspendiam as garantias individuais e o que permitia ao presidente cassar mandatos e demitir funcionários públicos.

Em 27 de outubro de 1965, Castello Branco assinou o AI-2<sup>186</sup>, liquidando com as ilusões de uma intervenção militar temporária, na medida em que, ao modificar a Constituição de 1946, transferiu para o Congresso Nacional o poder de eleger a Presidência da República e extinguiu os partidos políticos. Foi regulamentada, então, a criação de apenas dois partidos: um de apoio ao regime, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), em que se filiou “praticamente toda a UDN, boa parcela do PSD e uma estreita fatia do PTB” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 458); e um de oposição, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em que se filiou o restante do PTB e do PSD, salvo os que estavam presos ou cassados (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

No que tange à igualdade, ao preconceito ou à discriminação, o AI-2 não trouxe nenhuma alteração à Constituição de 1946 digna de nota. A propósito, meses antes do AI-2, em julho de 1965, havia sido instituído o Código Eleitoral Brasileiro (Lei nº 4.737/1965), em que constava (assim como a Constituição de 1946) que não será tolerada, na propaganda partidário-eleitoral, a propaganda “de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes” (art. 243, I). O foco dado no Código nesta matéria foi de sanção administrativa e de responsabilização civil, portanto não se dedicará maior

---

<sup>185</sup> Cujas ementa diz: “Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa” (BRASIL, 1964).

<sup>186</sup> Cujas ementa diz: “Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências” (BRASIL, 1965).

aprofundamento nesta legislação, que não faz parte do banco de dados em função de sua irrelevância para o campo penal.<sup>187</sup>

Em 7 de dezembro de 1966, Castello Branco assinou o AI-4, pelo qual se convocava o Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente (de dezembro de 1966 a janeiro de 1967), para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Regime Ditatorial. No ano seguinte, foi, então, promulgada pelo Congresso Nacional, “invocando a proteção de Deus”, uma nova Constituição do Brasil.

Esta Constituição de 1967 mantém a cláusula de que “todos são iguais perante a lei” (art. 150), e adiciona que a igualdade será “sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”, encerrando, ainda, com a disposição de que “o preconceito de raça será punido pela lei”. Quer dizer, neste momento temos o primeiro mandado constitucional de criminalização do racismo no Brasil, o qual se mantém presente na Constituição brasileira até a atualidade.

Além disso, a Constituição de 1967 mantém o princípio da liberdade de expressão, com referência expressa não só à livre manifestação de pensamento, como também “de convicção política ou filosófica” (art. 150, § 8º<sup>188</sup>). E, da mesma forma, mantém as restrições a essa liberdade de expressão, por meio da cláusula de que “não será tolerada propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe” (art. 150, § 8º). Em outubro 1969, este dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 1, a qual ampliou a restrição à liberdade de manifestação de pensamento às “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (art. 153, § 8º<sup>189</sup>). Dispositivo, este, que abriu caminho para a

---

<sup>187</sup> No capítulo dos “Crimes Eleitorais”, há a criminalização da propaganda de atos inverídicos, de calúnia, difamação e injúria, sem referência expressa ao preconceito ou à discriminação (arts. 323, 324, 325 e 326).

<sup>188</sup> Art. 150, § 8º: “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”.

<sup>189</sup> “Art. 153. § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (BRASIL, 1969).

Lei de Censura Prévia, instituída em 1970, por meio do Decreto-Lei nº 1.077<sup>190</sup>, que veio sob o pretexto de regulamentar este dispositivo.<sup>191</sup>

Por fim, quanto aos preceitos antidiscriminatórios no mercado de trabalho, a Constituição de 1967 ampliou o dispositivo que já previa a proibição de diferença de salário para incluir também proibição de critérios de admissão “por motivo de sexo, cor e estado civil” (art. 158, III<sup>192</sup>).

Esta disposição foi resultado de emenda proposta pelo então deputado Nelson Carneiro (pelo MDB/GB<sup>193</sup>), parlamentar que se tornou conhecido pela defesa da causa do divórcio (aprovada em 1977). A preocupação do deputado era com relação ao estado civil, sobretudo da mulher, pois, conforme ele refletiu, era ela quem sofria distinção social em virtude de seu estado civil; na medida em que havia um imaginário social de que as casadas, por exemplo, não poderiam trabalhar e as solteiras, frequentar restaurantes desacompanhadas.

A Constituição ditatorial de 1967 reconheceu, enfim, a desigualdade social não só por razão de raça, como também de sexo, trabalho, credo religioso, convicções políticas e estado civil. Resta, portanto, a pergunta de por que uma constituição de perfil nitidamente autoritário, em plena vigência do mito da democracia racial, manteve e, até mesmo, ampliou a proteção – formal – da igualdade e da não-discriminação, em virtude de raça e de sexo. Para tanto, indispensável acessar o contexto e a oportunidade política da ocasião e verificar o papel dos movimentos sociais.

### 7.1.1 contexto e oportunidade política

Na medida em que os movimentos sociais de negros e de mulheres estão sufocados neste período, entende-se que a explicação está nos compromissos

---

<sup>190</sup> “Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 1970).

<sup>191</sup> “A censura oficial e de cunho moralista existia desde a Constituição de 1946, exercida pela Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP). Ao seu lado, os militares instalaram uma espécie de braço articulado à máquina de repressão, orientado para suprimir qualquer tipo de contestação produzida no campo da cultura, do pensamento e das ideias” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 464).

<sup>192</sup> “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”.

<sup>193</sup> Guanabara/GB.

internacionais assumidos pelo Governo brasileiro, de enfrentamento à discriminação e ao preconceito.

É o que conclui, também, Thula Pires (2016), em sua análise quanto à questão racial desta constituição. Ela atribui aos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional para o enfrentamento do racismo.

Compromissos, estes, que fizeram com que o país internalizasse três importantes documentos sobre o tema nos anos seguintes: em 1968, a Convenção 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “Sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão”<sup>194</sup>, firmada em Genebra, em 1958; também em 1968 (Decreto nº 63.223), a “Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino”<sup>195</sup>, adotada em 1960, pela Organização das Nações Unidas para Educação a Ciência (UNESCO); e, em 1969 (Decreto nº 65.810), a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial”<sup>196</sup>, das Nações Unidas (ONU), que foi assinada pelo Brasil em 07 de março de 1966.

---

<sup>194</sup> “Considerando que a Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar tanto o seu bem-estar material quanto seu desenvolvimento espiritual, em condições de liberdade e de dignidade, de segurança econômica e de igual oportunidade; [...] **Artigo 1º**. 1. Para os fins desta Convenção, o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; [...] **Artigo 5º**. [...] 2. Todo País-membro pode, mediante consulta a organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, definir, como não-discriminatórias, outras medidas especiais destinadas a atender a necessidades particulares de pessoas que, por motivo de sexo, idade, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural, necessitem de proteção ou assistência especial” (BRASIL, 1968).

<sup>195</sup> “**Artigo I**. Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino” (BRASIL, 1968).

<sup>196</sup> “Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados Membros comprometeram-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas que é promover e encorajar o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião. Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todo homem tem todos os direitos estabelecidos na mesma, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional [...] Reafirmando que a discriminação entre os homens por motivos de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo a relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado até dentro de um mesmo Estado, [...] Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em, todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas raciais com o objetivo de promover o entendimento entre as raças e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de separação racial e discriminação racial, [...] **Artigo I**. 1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades

Sem dúvida, não havia preocupação com a questão racial por parte dos governos ditatoriais e os dispositivos constitucionais buscam atender à ordem internacional. Veja-se, neste sentido, a resposta oficial do Governo brasileiro a uma consulta feita pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR), da Organização das Nações Unidas, em 1970, a todos os países, a respeito das medidas legislativas, judiciais e administrativas de combate à discriminação por eles adotada.

Tenho a honra de informar-lhe que, uma vez que a discriminação racial não existe no Brasil, o Governo brasileiro não vê necessidade de adotar medidas esporádicas de natureza legislativa, judicial e administrativa a fim de assegurar a igualdade das raças (SILVA, 2008<sup>197</sup> *apud* SENADO FEDERAL, 2016).

Como se verá na sequência deste trabalho, os movimentos sociais irão retomar a luta de suas especificidades no final da década de 1970. Até então, acabavam se dedicando ao combate à ditadura e à defesa da democracia.

## **7.2 A Nova Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) e as Restrições à Liberdade de Manifestação do Pensamento e de Informação**

A Lei nº 5.250/1967, também chamada de Lei de Imprensa, foi promulgada em 9 de fevereiro de 1967, exatos 15 dias após a promulgação da Constituição de 1967. Ela vem regular “a liberdade de manifestação do pensamento e de informação” e, com isso, substituir a então vigente Lei nº 2.083/1953, já analisada.

Assim como a lei anterior, esta Lei de Imprensa é uma lei complexa, composta por 77 artigos, divididos em sete capítulos: (i) da liberdade de manifestação do

---

fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública [...] **Artigo IV.** Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento” (BRASIL, 1969).

<sup>197</sup> SILVA, Sílvio José Albuquerque e. *Combate ao racismo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.



pensamento e da informação; (ii) do registro; (iii) dos abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; (iv) do direito de resposta; (v) da responsabilidade penal; (vi) da responsabilidade civil; e (vii) disposições gerais.

Para os fins deste trabalho, interessa o capítulo terceiro, pois nele estão previstos os 14 crimes criados pela lei, dentre os quais o que trata de preconceito de raça ou de classe, a justificar sua inclusão no banco de dados desta tese. São crimes que ocorrem, necessariamente, “na exploração ou utilização dos meios de informação e divulgação” (art. 13).

Mantém-se o crime de “fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceito de raça ou de classe” (art. 14), só que com pena bastante superior à anterior, que era de detenção de um a três meses, e passa para detenção de um a quatro anos. Ainda, no art. 61 (das disposições gerais), consta que:

Art. 61. Estão sujeitos à apreensão, os impressos que:

I - contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social.

II - ofenderem a moral pública e os bons costumes.

§ 1º A apreensão prevista neste artigo será feita por ordem judicial, a pedido do Ministério Público, que o fundamentará e o instruirá com a representação da autoridade, se houver, e o exemplar do impresso incriminado.

§ 2º O juiz ouvirá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o responsável pela publicação ou distribuição do impresso, remetendo-lhe cópia do pedido ou representação.

§ 3º Findo êsse prazo, com a resposta ou sem ela, serão os autos conclusos e, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o juiz dará a sua decisão.

§ 4º No caso de deferimento de pedido, será expedido um mandado e remetido à autoridade policial competente, para sua execução.

§ 5º Da decisão caberá recurso, sem efeito suspensivo, para o tribunal competente.

§ 6º Nos casos de impressos que ofendam a moral e os bons costumes, poderão os Juízes de Menores, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público, determinar a sua apreensão imediata para impedir sua circulação.

Interessante observar que há medida para a apreensão dos impressos que contenham propaganda de preconceitos de raça ou de classe. Entretanto, é de se admirar que é dedicada maior proteção à hipótese de ofensa à moral pública e aos bons costumes, em que é permitida a determinação de apreensão imediata de ofício

pelo Juízo de “Menores”, para impedir a circulação do impresso, o que não está previsto para os impressos com propaganda de preconceito de raça ou cor.

A propositura desta Lei (PLN nº 23/1966) foi de autoria do Poder Executivo, o qual apresentou, em sua exposição de motivos ao Congresso Nacional, a necessidade de atualizar a lei de imprensa vigente (nº 2.083/1953), de modo a adequá-la às novas disposições legais e ao novo texto constitucional.

Enfim, em relação à lei de imprensa anterior, a principal inovação desta lei – depois do importante incremento das penas – está na previsão de julgamento das infrações cometidas pelo abuso da liberdade de imprensa e de informação por juiz de direito, em substituição ao juízo especial anterior (formado por um júri); além do aumento dos prazos de prescrição, os quais foram justificados na ineficiência das cominações e termos fixados na legislação então vigente.

O fato é que nesse contexto político, o que se fez com esta lei foi proibir o debate de raça e sobre a mulher. Abdias Nascimento, por exemplo, em 1978, denunciou essa prática de se encarar o debate sobre raça e racismo como insatisfação perante o regime. Sendo que, continua Abdias, se há áreas de atrito e insatisfação com o regime, como as conclusões do Conselho de Segurança Nacional reconhecem, “são de exclusiva responsabilidade dos militares que impuseram uma ‘revolução’ contra o desejo do povo” (NASCIMENTO, 2017, 1978, p. 95). E conclui:

O crescimento da consciência negra é desencorajada pela recusa da sociedade em conceder ao cidadão negro a oportunidade de realizar sua íntegra identidade – inclusive seu *eu* negro – negando o significado que o desenvolvimento do negro (político, social e cultural) tem para ele, em particular, e para o Brasil, em geral (NASCIMENTO, [1978], 2017, p.95-96).

Já quanto às mulheres, é de se espantar a atuação da censura em relação às publicações sobre elas. Por exemplo, em 1967, a revista *Realidade*, teve sua edição apreendida pela censura sob alegação de ser ofensiva à moral e aos bons costumes. Tratava-se de uma edição toda dedicada à mulher brasileira, com pesquisa e reportagens com mulheres em diversas situações: “desde uma freira que dirigia uma paróquia até uma jovem mãe solteira que assumia publicamente sua condição. Abordaram-se também temas sobre parto e desquite (o divórcio ainda não era reconhecido no Brasil)” (TELES, 2017, p. 121). Em 1976, novamente, o jornal *Movimento*, semanário da imprensa democrática, teve seu número vetado, por realizar

uma edição dedicada ao tema “O Trabalho da Mulher no Brasil”, em que se tratava da discriminação salarial entre homens e mulheres e das reivindicações das mulheres no mercado de trabalho, como a existência de creches, restaurantes populares e outros serviços que a liberem dos encargos domésticos como obrigatoriedade individual, tornando-os de ordem social (TELES, 2017).

Para fins de comparação entre as leis de imprensa brasileiras, apresenta-se a Quadro abaixo.

*Quadro 9 – Comparação dispositivos penais das Leis de Imprensa*

|                              | <b>Lei 2.083/53<br/>“Imprensa”</b>   | <b>Lei 5.250/67<br/>“Imprensa”</b>  |
|------------------------------|--|---|
| <b>Propositura</b>           | Legislativo.<br>Comissão Mista de Leis Complementares.<br>PL 403/1948  | Executivo.<br>PLN 23/1966   |
| <b>Tempo de tramitação</b>   | 5 anos e 6 meses.  | 1 ano e 3 meses.  |
| <b>Período político</b>      | República populista.   | Ditadura Militar.   |
| <b>Preconceito abrangido</b> | Raça e classe.   | Raça e classe.  |
| <b>Condutas punidas</b>      | Art 9º. Constituem abusos no exercício da liberdade de imprensa, sujeitos às penas que vão ser indicadas, os seguintes fatos: fazer propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou propaganda que se proponha a alimentar preconceitos de raça e de classe: | Art. 14. Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceito de raça ou de classe. |
| <b>Pena</b>                  | um a três meses de detenção, quando se tratar de autor do escrito ou multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), a Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros) quando se tratar de outros responsáveis subsidiários.   | 1 a 4 anos de detenção.<br><br>+  |
| <b>Vigência</b>              | Revogada pela Lei 5.250/1967.  | Não consta revogação expressa. Não recepcionada pela Constituição de 1988 (STF. ADPF nº 130/2009).                                  |

Fonte: Elaborado pela Autora.

A Lei nº 5.250/67 só não está mais em vigor porque foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130<sup>198</sup>, em

<sup>198</sup> Ementa: “[...] 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do

pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. [...] 6. **RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA.** A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”. [...] 8. **NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR.** A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao exercício profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”. [...] 10. **NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.** 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge

abril de 2009, sob o argumento de que esta lei encerra, nas palavras do relator Min. Carlos Ayres Britto: “modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220, da CF, mais os §§ 1º, 2º e 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988” (STF, 2009, p. 72).

O voto do relator, dos Ministros e da Ministra que o acompanharam não fizeram menção à criminalização da propaganda de preconceito de raça que continha na lei (art. 14), tendo focado seus votos no fato de que se trata de uma lei integralmente inconstitucional pois desenvolvida no período ditatorial e que não respeitava, portanto, a liberdade de imprensa tal como disposta na Constituição de 1988. Esta decisão, entretanto, não foi unânime.

O Min. Joaquim Barbosa abriu divergência parcial ao relator, na medida em que entendia que a lei não era inteiramente inconstitucional. Em seu voto, ele ressaltou que os artigos 1º, § 1º; 2º; 14; 16, I; 20, 21 e 22, da Lei nº 5.250/67 eram constitucionais, no que fora seguido pela Ministra Ellen Gracie. O Ministro Gilmar Mendes considerou constitucionais os artigos 29 e 36, desta lei. O Ministro Marco Aurélio julgou totalmente improcedente a ação e, portanto, a constitucionalidade integral da lei.

---

e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestigiosa lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextricabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. [...] PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, publicado em 06/11/2009, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em junho de 2017).

Somente Joaquim Barbosa e Ellen Gracie ressaltaram a constitucionalidade do dispositivo da lei que pretendia prevenir a propaganda de preconceito de raça ou de classe. Em seu voto, Joaquim Barbosa destacou que o relator passou ao largo da natureza e função multidimensional da liberdade de imprensa, que faz com que ela tenha que ser examinada “sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação” (STF, 2009, p. 110). O Ministro afirmou, ainda, que acredita que o Estado possa ser um opressor da liberdade de expressão, “mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar”. E segue argumentando que

Os artigos 1º, § 1º, 14 e 16, inciso I, proibem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe e, verificada a conduta vedada, comina-lhe uma reprimenda. O eminente Relator votou pela supressão pura e simples de todos esses dispositivos. Eu tenho dúvidas quanto à suposta incompatibilidade total desses dispositivos com a Constituição Federal [...] Quanto aos preconceitos de raça e de classe, também mencionados nos mesmos dispositivos, creio que suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos atingidos (STF, 2009, p. 111-13).

A Ministra Ellen Gracie também afirmou, assim como o parecer da Procuradoria-Geral da República, firmado por Roberto Gurgel Santos, a evidente constitucionalidade do artigo 1º, § 1º (“Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”) e da criminalização da propaganda de preconceito de raça do art. 14.

Os Ministros, de um modo geral, não descartaram a necessidade de uma lei de regulamentação da imprensa, na medida em que a Constituição de 1988 permite a regulação, segundo interpretação do art. 220. Mas esta lei não poderia ser a Lei nº 5.250/67, devido a estar, como disse o Min. Gilmar Mendes, impregnada de um “espírito autoritário”.

De qualquer forma, observe-se que a Lei de Segurança Nacional (analisada no subtítulo “5.3.1”) ainda está em vigor e ela criminaliza o ato de “fazer, em público, propaganda: [...] II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes

sociais, de perseguição religiosa”. Além disso, o Código Brasileiro de Telecomunicações (analisado no subtítulo “5.3.3”), em vigor desde 1962, também procura enfrentar a promoção de campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião, determinando penas tanto para as concessionárias ou permissionárias, como para as pessoas físicas responsáveis pela veiculação.

### 7.3 Lei 5.473/1968 e a Criminalização da Discriminação em Razão do Sexo

Em 10 de julho de 1968, foi sancionada a Lei nº 5.473/1968, que regulamenta o art. 158, III<sup>199</sup>, da Constituição de 1967, e que se tornou a primeira lei brasileira a criminalizar a discriminação em razão do sexo. Esta lei resume-se a dispor que:

Art. 1º. São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros de funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedade de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público.  
Parágrafo único. Incorrerá na pena de prisão simples de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa de NCr\$ 100,00 (cem cruzeiros novos) a NCr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros novos) quem, de qualquer forma, obstar ou tentar obstar o cumprimento da presente Lei.

Sua propositura (PL nº 3232/1965) foi realizada pelo mesmo deputado responsável pelo dispositivo constitucional que a lei regulamenta, o então deputado Nelson Carneiro<sup>200</sup> (pelo MDB/GB). Este deputado teve uma atuação bastante

<sup>199</sup> Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;

<sup>200</sup> Nelson de Sousa Carneiro nasceu em Salvador, em 8 de abril de 1910, formou-se advogado e ingressou na política ainda na faculdade quando se filiou, em 1929, ao Partido Democrático Universitário da Bahia. Após apoiar a Revolução Constitucionalista de São Paulo, foi deportado ao Rio de Janeiro. Em 1945, ingressou na UDN (União Democrática Nacional) e participou da Assembleia Constituinte como suplente, tendo assumido cadeira dois anos depois. Em 1947, Nelson propôs uma lei para regulamentar os direitos das companheiras, que o Código denominava concubinas para estender a todas as mulheres em uniões informais o direito de usufruir dos mesmos benefícios sociais vigentes para as mulheres casadas legalmente. O projeto foi aprovado pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, mas recebeu forte oposição de alguns deputados e da igreja. Em 1950, foi eleito deputado federal pela Bahia, pela coligação constituída pelo Partido Social Trabalhista (PST), Partido de Representação Popular (PRP), e o Partido Social Democrático (PSD). No ano seguinte, apresentou seu primeiro projeto sobre o divórcio e uma proposta que igualava as condições da mulher casada ao marido, ao suprimir do Código Civil o instituto que autorizava os maridos a proibir atividade profissional remunerada de suas mulheres. Em 1958, foi

marcada nas questões que envolvem a mulher, pois além de ter sido o responsável pela emenda constitucional que veda a discriminação em razão do sexo e por esta lei que a criminaliza, ele também será o responsável pela alteração da Lei Afonso Arinos para incluir em seu âmbito de proteção os preconceitos de sexo e de estado civil, pela regulamentação do divórcio e pela instauração da CPMI da Mulher, em 1977.

### 7.3.1 Tramitação da lei

O projeto desta lei foi apresentado em 1965, sob a justificativa de que a mulher teria conquistado, “por seu esforço e sua capacidade, o direito de competir com o homem, em busca de uma independência econômica, cultural e social, que os povos mais civilizados não lhe negam” (BRASIL, 1965). Apesar disso, continua o deputado, inúmeras instituições “ainda recusam o trabalho feminino”. E conclui:

Estas discriminações redundam em prejuízo para a mulher brasileira tornando, em breve, sem nenhum efeito as vantagens que foram obtidas após longos anos de campanha. Qualquer discriminação que não for coibida de imediato concorrerá para que outras instituições sigam sua orientação e procurem justificar discriminações que prejudicam a mulher que deseja trabalhar. Hoje em dia, a mulher contribui com o produto de seu trabalho para ajudar na manutenção da família e poucas famílias podem dispensar a colaboração do elemento feminino, quer no trabalho fora do lar, quer exercendo qualquer ofício dentro de sua própria casa [...] Acompanhando noticiário internacional verificamos a presença da mulher em posição de destaque: 1º Ministro no Ceilão, Ministro das Relações Exteriores em Israel, Ministro da Educação no Irã, Presidente de Parlamento, Membro das Nações Unidas, sem falar no número sempre crescente de senadores e deputados que compõem o legislativo em numerosos os países. A vista do exposto é inconcebível que o Brasil que foi o primeiro país latino e o primeiro país sul-americano a conceder o direito de voto à mulher, e que não permite seja pago salário inferior à mulher pelo mesmo serviço executado, ainda consinta sejam feitas as restrições ao trabalho da mulher. O projeto põe ponto final a essa odiosa e injusta discriminação (Nelson Carneiro, 31 de agosto de 1965).

---

eleito deputado federal pelo PSD, sendo reeleito 4 anos depois. Em 1964, ingressou no MDB, sendo reeleito deputado federal em 1966. Em 1977, foi eleito senador pelo antigo Estado da Guanabara (GB) e viu ser sancionada, 26 anos depois de sua propositura, a lei do divórcio. Reelegeu-se para o Senado em 1986, como Senador Constituinte (BRASIL, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/2137>. Acesso em julho de 2017).



Perceba-se como é difícil para o próprio deputado proponente de uma lei que pretende combater a discriminação à mulher despir-se de seu próprio discurso discriminatório (machista). O deputado associa a mulher ao trabalho doméstico e se refere às mulheres em cargos públicos sempre no masculino, a saber: “1º Ministro”, “Ministro das Relações Exteriores”, “Ministro da Educação”, “Presidente de Parlamento”, “Senadores” e “Deputados”. Nesse ponto, é interessante pensar a respeito da celeuma criada com a eleição da primeira presidenta mulher no Brasil (Dilma Rousseff, pelo PT<sup>201</sup>, em 2011) e o modo de chamá-la: “presidenta” ou “presidente”. É que, apesar de Dilma destacar seu desejo em ser chamada de “presidenta”, muito poucos assim o faziam; desde a grande imprensa, até as falas cotidianas se recusavam a usar “presidenta”, sob o argumento de que tal palavra não existiria na gramática portuguesa. Pelo visto, em 1965 também não existiam as palavras “Ministra”, “Deputada”, “Senadora”, como demonstra a Exposição de Motivos do deputado Nelson Carneiro. Palavras, estas, que, hoje, ninguém duvida da sua existência e correção, mas que, como se pode perceber, só se consolidaram majoritariamente (ou para o senso comum) quando os cargos passaram a ser assumidos pelas mulheres.

Voltando à tramitação legislativa, o relatório da Comissão de Constituição e Justiça (sob relatoria do deputado Wilson Martins, pelo MDB/MT) destacou os dispositivos constitucionais que afirmam que “a mulher tem os mesmos direitos dos homens” e, assumindo que estavam caindo as restrições que o Código Civil ainda fazia à capacidade civil e de trabalho da mulher, concluiu pela constitucionalidade e juridicidade do projeto, posição que venceu – sem unanimidade – na Comissão.

Após aprovação na Câmara e no Senado, a Lei foi sancionada, em julho de 1968, por Costa e Silva e permanece vigente, sem reforma, até hoje. Com isso, finalmente há regulamentação ao dispositivo constitucional de proteção especial à mulher contra a desigualdade no trabalho, que já vinha previsto desde a Constituição de 1946.

---

<sup>201</sup> Partido dos Trabalhadores (PT).

### 7.3.2 Contexto e Oportunidade Política

Nesse momento histórico, as mulheres estavam ingressando com força no mercado de trabalho e, com isso, experienciando as discriminações daí decorrentes. Além disso, em função do seu ingresso no mercado de trabalho, a atuação do movimento das mulheres estava bastante atrelada aos sindicatos. Em 1963, por exemplo, ocorreu o Encontro Nacional da Mulher Trabalhadora, em que se destacou a demanda de salário igual para trabalho igual.

É de se considerar, também, que 1968 foi um ano de muita efervescência no contexto internacional e que acabou influenciando as mobilizações das forças democráticas até então silenciadas no Brasil. Nesse sentido, “passeatas de protesto começavam nas universidades e terminavam nas ruas com barricadas, bombas *molotov* e bandeiras americanas incendiadas” (TELES, 2017, p. 65).

O papel das mulheres, neste momento, foi fundamental para fomentar organizações na sociedade civil.

Com a repressão política nas fábricas e nos sindicatos, os bairros populares de periferia transformaram-se em espaços de resistência, estimulados pelas mulheres, que constituíam a própria vida desses bairros. São elas que geralmente reclamam da falta de escola, do custo de vida, dos salários baixos, das crianças desnutridas (TELES, 2017, p. 95).

Essas associações, como clube de mães e grupos de moradores, estão na origem dos novos movimentos sociais que emergiram na cena pública do país ao longo da década de 1970 e “foram essenciais para organizar a participação popular em atividades de pressão política” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 473). As demandas estavam relacionadas ao tema da moradia, das escolas, dos transportes, da reforma agrária e por melhores salários (TELES, 2017).

Durante o ano de 1968, parcelas da sociedade, ao se rebelarem contra a ação imperialista e genocida, invocaram ideais libertários e igualitários. Começaram a desvendar as discriminações que procuram transformar as mulheres, os jovens e os negros numa massa disforme sem expressão cultural e política. Emergiram movimentos feministas e de negros, principalmente norte-americanos, contra as ideologias patriarcal, machista e racista (TELES, 2017, p. 66).

Diante dessa conjuntura de inquietação política e movimentação oposicionista, inclusive parlamentares do MDB encorajaram-se a participar de protestos, passeatas e greves; tendo, inclusive, subido à tribuna para denunciar o arbítrio e a perda de direitos. Até que o deputado Marcio Moreira Alves (MDB/GB) se encorajou em discursar na Câmara contra a ditadura militar.

Essa seria a gota d'água para a intensificação da repressão política pela ditadura. Foi decretado o AI-5, em 13 de dezembro de 1968, por meio do qual o Congresso Nacional e as Assembleias legislativas foram fechadas por tempo indeterminado, a censura se intensificou e foi suspensa a concessão de *habeas corpus* para os detidos por infração à Lei de Segurança Nacional, inaugurando o pior período de repressão e violência política na história brasileira (SCHWARCZ; STARLING, 2015).<sup>202</sup>

#### **7.4 Lei nº 7.170/1983 e os Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social**

A Lei nº 7.170 foi sancionada em 14 de dezembro de 1983 e, conforme consta em sua ementa, “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”. Como já observado por ocasião da Lei de Segurança nacional anterior (tópico 4.1.3.1), desde a década de 1930 há, no Brasil, leis federais de defesa do Estado, do regime ou de segurança nacional. A fim de facilitar a comparação entre as leis de segurança nacional brasileiras que se sucederam no tempo, o “Apêndice B” apresenta um quadro comparativo dos dispositivos dessas leis, no que tange à temática objeto desta tese.

Sucederam-se seis leis até a aprovação desta Lei nº 7.170/1983, a qual permanece vigente até a atualidade. Dessas sete leis, apenas duas se preocuparam em criminalizar a propaganda de ódio ou discriminação de raça (e também de classe e de religião): a já analisada Lei nº 1.802/53, e a ora analisada, Lei nº 7.170/83.

---

<sup>202</sup> “Nada se compara aos crimes cometidos pela ditadura contra as populações indígenas. O mais importante documento de denuncia sobre esses crimes – o Relatório Figueiredo – foi produzido pelo próprio Estado, em 1967, e ficou desaparecido durante 44 anos, sob a alegação oficial de que havia sido destruído num incêndio. O relatório foi encontrado quase intacto, em 2013 [...] O resultado é estarrecedor: matanças de tribos inteiras, torturas e toda sorte de crueldades foram cometidas contra indígenas brasileiros por proprietários de terras e por agentes do Estado” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 463).

Esta Lei define aproximadamente 21 crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Entende-se como tais, os delitos que lesarem ou exporem a perigo de lesão: (i) “a integridade territorial e a soberania nacional” (art. 1º, I); (ii) “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito” (art. 1º, II); e (iii) “a pessoa dos chefes dos Poderes da União” (art. 1º, III). Assim, em havendo a mesma tipificação no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, diz o art. 2º, que se levarão em conta, para a aplicação da Lei de Segurança Nacional: (i) “a motivação e os objetivos do agente” (art. 2º, I); e (ii) “a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior” (art. 2º, II).

Para os fins deste trabalho, interessa um único crime, o previsto no art. 22, II, consistente em fazer propaganda, em público, de “discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa”. Trata-se, praticamente, do mesmo delito previsto na Lei nº 5.250/1967, que regulava a liberdade de imprensa e criminalizava a propaganda de “preconceito de raça ou de classe”. Inclusive, a pena, em ambos os casos, foi determinada em detenção de um a quatro anos<sup>203</sup>.

Também está sujeito à esta pena quem distribui “ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos” contendo a propaganda de que trata este artigo (art. 22, § 2º). Ainda no art. 22, a lei esclarece que “não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas” (§ 3º).

Da mesma forma que os crimes da Lei de imprensa, a ação penal é pública, de competência do Ministério Público. Entretanto, o julgamento dos crimes de Segurança Nacional compete à Justiça Militar. No mais, respeitam-se as normas do Código de Processo Penal Militar.

#### 7.4.1 Tramitação da Lei

Esta lei foi proposta pela presidência da República (então ocupada por João Figueiredo), a partir de estudos realizados pelo Ministério da Justiça. A tramitação da proposta (PLN nº 17/83) durou apenas um mês no Congresso Nacional até tornar-se lei.

---

<sup>203</sup> Art. 22, § 1º. “A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão”.

A Exposição de Motivos apresentada pelos Ministros de Estado da Justiça e Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional registra a “tendência dos últimos tempos, entre nós, para o menor grau de severidade em relação a esses crimes”, de modo que se dedique a um mínimo de segurança indispensável, isto é, nas palavras do ministro “sem omitir a garantia de que o regime de liberdade não sirva de instrumento à sua própria destruição” (*Diário do CN*, 15 de novembro de 1983, p. 2415). Nesse sentido, a ideia da nova Lei de Segurança Nacional é, segundo o Ministro, ajustá-la à “evolução da sociedade brasileira no sentido da construção do regime democrático e do Estado de Direito – tarefa em que se empenha o Governo” (BRASIL, 1983,).

A exposição de motivos não destaca a questão da discriminação de raça. Quanto aos crimes, afirma que “o Projeto é bem mais benigno do que a lei vigente, sem, contudo, pecar por omissão quanto aos fatos que mais gravemente lesam ou expõem a perigo de lesão a segurança externa ou interna do país, o regime representativo e democrático” (p. 2416). Para compreender o motivo do abrandamento da Lei de Segurança Nacional, necessário recorrer ao contexto e à oportunidade política daquele momento.

#### 7.4.2 Contexto e Oportunidade Política

A partir de 1975 começou a ser orquestrado o processo de descompressão do sistema político ou abertura controlada, pelos generais Ernesto Geisel e Golbery do Couto e Silva. Até porque nas eleições legislativas de 1974, o MDB recebeu 4 milhões de votos a mais que a Arena para o Senado e fez maioria em Assembleias Legislativas de alguns estados, como São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

Em meados de 1978, a população já começava a reconquistar seu direito de protestar, desencadeando o chamado ciclo de protestos pela democratização, que veio a alargar a percepção das oportunidades políticas pelos ativistas e intelectuais. Nesse sentido, ocorreram as grandes greves de metalúrgicos, inicialmente no ABC paulista e que se espalharam pelo país. Dando origem, também, ao “novo sindicalismo” brasileiro, que, “além de se opor à ditadura, lutava para se organizar

numa estrutura distinta daquela gerada pelo modelo criado por Vargas” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 476-7).

Em 1978, inclusive, Ernesto Geisel revogou o AI 5; e, em 1979, Geisel e Golbery procederam a uma reforma partidária, procurando mitigar o caráter polarizado das eleições entre governo (situação) e oposição. Com isso, cinco novas agremiações concorreram nas eleições de 1982: o MDB, transformado em PMDB<sup>204</sup>; a ARENA, reorganizada em PDS<sup>205</sup>; o PTB, “recriado para funcionar como linha auxiliar governista” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 469); e duas novas forças de oposição, o PT, que “nasceu por ação dos trabalhadores, com o objetivo de reafirmar, por meios democráticos, o papel da luta social e do princípio igualitário na transformação da sociedade brasileira” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 477); e o PDT<sup>206</sup>, “fundado por Leonel Brizola com o propósito de unir a atualização dos princípios de justiça social caros ao trabalhismo dos anos 1960 à defesa do socialismo democrático” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 469).

Com as eleições de 1982, pela primeira vez desde 1964, a oposição detinha a maioria do Congresso Nacional e fez governadores – por eleição direta – em nove estados.

Nessa conjuntura, também os movimentos sociais de cunho identitário (isto é, que não têm como foco principal o viés classista, como os sindicatos) ressurgiram na cena política, trazendo a discussão sobre igualdade e reconhecimento da diferença associada à pauta dos direitos civis.

O Movimento negro, por exemplo, assumiu novos contornos com a criação do Movimento Negro Unificado contra a Discriminação Racial (MNUCDR), em 1978, que “congregou uma série de instituições, coletivos e associações negras voltadas prioritariamente para o combate do mito da democracia racial, para a luta antirracista e pela democracia plena e real” (PIRES, 2016, p. 83). Não é à toa que coincide com este momento a adoção de medidas públicas de atenção à questão racial. Como a criação, em 1984, no âmbito do Poder Executivo, em São Paulo, do Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, cuja experiência influenciou o surgimento de conselhos estaduais na Bahia, no Rio Grande do Sul, em Minas Gerais, no Mato Grosso do Sul e no Distrito Federal. E, também em 1984, a aprovação

---

<sup>204</sup> Partido do Movimento Democrático Brasileiro.

<sup>205</sup> Partido Democrático Social.

<sup>206</sup> Partido Democrático Trabalhista.

da Lei de Execução Penal (nº 7.210), que dispôs que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” entre os apenados do sistema de justiça penal (art. 3º, parágrafo único). Ainda, se dá o tombamento de dois símbolos da cultura negra pelo Patrimônio Histórico: o terreiro de candomblé *Casa Branca* e a *Serra da Barriga*, bem como a consagração do *Dia Nacional da Consciência Negra*, na data de aniversário da morte de Zumbi dos Palmares (em 20 de novembro).

Todos esses instrumentos vêm a demonstrar que “os esforços do Movimento Negro para valorização da cultura afrodescendente começavam a dar resultados, mas [...] sinalizavam que o enfrentamento do racismo pelas instituições públicas se limitaria a iniciativas na esfera da cultura” (PIRES, 2016, p. 83). Nesse sentido, importante destacar que Abdias Nascimento foi eleito deputado em 1982, tendo apresentado, no ano seguinte, o PL nº 1.332, de ação compensatória. Com este projeto, Abdias, simplesmente “antecipou em mais de uma década o elenco de demandas apresentadas ao governo federal em Brasília, em 20 de novembro de 1995, por ocasião da Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo e pela Vida” (NASCIMENTO, 2017, p. 217). Propostas, essas, que foram reiteradas pelo movimento ao longo do processo de construção do Estatuto da Igualdade Racial, que veio a ser aprovado somente em 2010 e, que continuam aguardando efetiva implementação.

Da mesma forma, neste momento também se desenvolveram os Movimentos Feministas e os LGBT's, que serão analisados no próximo tópico e no tópico da Constituição de 1988, respectivamente. Apesar da articulação dessa ampla frente de mobilização contra a ditadura, demorou outros dez anos para que a ditadura militar terminasse.

### **7.5 A Lei nº 7.437/1985 e o Preconceito em Razão de Sexo e Estado Civil são Penalizados por Lei**

Em 20 de dezembro de 1985, a Lei Afonso Arinos foi alterada pela Lei nº 7.437/1985, a qual incluiu, como motivação das condutas discriminatórias que compõem as contravenções penais ali descritas, ao lado do preconceito de raça ou de cor, os preconceitos de sexo e de estado civil. E também inseriu uma nova contravenção penal.

Esta lei, portanto, manteve as seis contravenções já existentes (com sua ampliação para abranger, também, preconceito de sexo e de estado civil) e introduziu a seguinte modalidade de contravenção: “Recusar a entrada de alguém em qualquer tipo de estabelecimento comercial ou de prestação de serviço, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil” (art. 6º). Pela lei anterior, só havia a contravenção de recusar entrada em estabelecimento público, de diversões ou de esporte. Esta lei procedeu, então, à ampliação para qualquer estabelecimento comercial ou de prestação de serviço.

As penas continuam de prisão simples na faixa de quinze dias a um ano, com a diferença de que, na nova lei, não há mais possibilidade de pena de multa isolada, pois as penas de multas estão previstas agora sempre cumuladas com as de prisão simples.

#### 7.5.1 Tramitação da Lei

A lei foi proposta pelo então senador Nelson Carneiro (pelo PTB/RJ), o mesmo parlamentar responsável pelo dispositivo constitucional que proíbe “diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil” (art. 158, III, da Constituição de 1967) e, também, pela lei que pune a discriminação à mulher no mercado de trabalho, já analisada. A justificativa apresentada pelo senador ressalta que, apesar dos dispositivos já existentes, permaneciam numerosas “as infrações impunes a esses textos” e exemplifica:

A PETROBRÁS proíbe que geólogas participem de concursos públicos. O Tribunal de Justiça de Pernambuco tentou impedir a presença de candidatas do sexo feminino em concursos para a judicatura. Várias as reclamações contra hotéis e restaurantes que se negam a hospedar e servir fregueses do sexo feminino, quando desacompanhadas. Empresas privadas recusam-se a empregar mulheres casadas, separadas judicialmente e divorciadas, como até 1977 impediam o ingresso de desquitadas. A Lei de 1968, pouco divulgada, não tem sido cumprida e as atingidas pela discriminação inconcebível dela não se valem. E as autoridades não a aplicam, porque em geral a desconhecem. Daí a necessidade de um estatuto mais amplo, que por mais abrangente, impeça injustas restrições à mulher, por motivo de sexo ou de estado civil (Sala das Sessões, 8 de março de 1983 – Nelson Carneiro).



Pela justificativa percebe-se que a intenção do parlamentar era suprir a ineficácia da Lei nº 5.473/1968, que já punia a discriminação à mulher no mercado de trabalho, mas que não teria sido bem divulgada e apropriada pela sociedade. Além disso, ele apresentou exemplos reais de discriminação que atestavam a necessidade da proteção à mulher também em função do estado civil no estatuto de criminalização da discriminação (até então de raça e de cor) da Lei Afonso Arinos.

O projeto (PLS nº 9/1983) foi lido no Senado em 8 de março de 1983, distribuído à Comissão de Constituição e Justiça, onde obteve parecer pela constitucionalidade e juridicidade (com relatoria do senador Martins Filho, pelo PDS/RN), foi aprovado em dois turnos, encaminhado à Comissão de Redação e, em abril de 1985, teve sua redação final aprovada, com o consequente encaminhamento à Câmara dos Deputados.

Na Câmara dos Deputados, passou pela Comissão de Constituição e Justiça, sob relatoria do deputado Sérgio Murilo (pelo PDT/PE), o qual opinou pela conveniência e oportunidade do projeto, já que, nas palavras do deputado, “alguns maus empresários, alheios ao sentimento geral de todos nós, brasileiros e estrangeiros aqui residentes, ainda, teimam em atitudes discriminatórias e racistas. É importante que se punam essas atitudes” (BRASIL, 1983). A Comissão, então, votou à unanimidade pela constitucionalidade, juridicidade e aprovação do projeto.

Já em Plenário, o deputado Valmor Giavarina (pelo PMDB/PR) apresentou Substituto ao Projeto, no sentido de ampliar a proposição, para incluir como agente da contravenção “o diretor, gerente ou empregado do estabelecimento”. Na Comissão de Constituição e Justiça, o Substitutivo foi aprovado à unanimidade, o que se repetiu no Plenário, em discussão única. Após aprovação da redação final, retornou ao Senado, que aprovou o Substitutivo e o enviou à sanção presidencial, que ocorreu em 20 de dezembro de 1985.

Para entender a proposição desta lei por parte do senador Nelson Carneiro e sua aprovação neste momento histórico, é indispensável recorrer-se ao Movimento Feminista brasileiro, já que a *advocacy* feminista na defesa dos direitos das mulheres e no enfrentamento à discriminação específica fortaleceu-se justamente nesse momento político nacional.

### 7.5.2 Contexto e Oportunidade Política

Foi a partir de 1975 que o Movimento Feminista voltou a tomar impulso no Brasil, desde o golpe de 1964. Atribui-se como marco para esta revitalização do movimento, a definição do ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher pela Organização das Nações Unidas (ONU), a qual, por ocasião desta data, traçou uma estratégia global para melhorar a qualidade de vida das mulheres no mundo, por meio de um plano de ação mundial, elaborado na I Conferência Internacional das Mulheres, realizada na Cidade do México.

Assim, mesmo ainda sob uma ditadura marcada pelo cerceamento das liberdades democráticas e em que as questões das mulheres era assunto proibido (censurado), as brasileiras aproveitaram o apoio da ONU para construir espaços de discussão e organização no âmbito público, de modo a repercutir a temática dos direitos das mulheres no Brasil. Com isso, para além dos temas políticos gerais – como a luta pela anistia<sup>207</sup>, pelas liberdades políticas e por uma constituinte livre e soberana – as mulheres passaram a denunciar o papel de submissão da mulher na sociedade e a discriminação dele decorrente.

Antes de 1975 e desde, sobretudo, a década de 1960, havia já intelectuais brasileiras produzindo conhecimento a respeito da posição de “segundo sexo” que as mulheres ocupavam na sociedade. A alusão ao livro de Simone de Beauvoir (“O Segundo Sexo”, 1967) é proposital já que muitas dessas mulheres chegaram ao feminismo por intermédio da leitura desta obra (BARSTED, 2016). Em sua “Breve história do feminismo no Brasil”, Amelinha também destaca o papel dessas precursoras:

Antes de 1975, algumas mulheres, pertencentes a universidades e centros de pesquisa, já começavam a estudar a condição feminina sob um prisma feminista. Em 1969, Heleieth Saffioti escrevera o livro *A Mulher na Sociedade de Classes: Mito e Realidade*, que muito

---

<sup>207</sup> As mulheres, assim como na década de 1940, se destacaram novamente por sua luta pela anistia. Em 1975 foi criado o “Movimento Feminino pela Anistia” (MFPA), em São Paulo, por iniciativa da advogada Therezinha Zerbini. Por meio do “Manifesto da Mulher Brasileira”, defendia-se a anistia “ampla e geral a todos aqueles que foram atingidos pelos atos de exceção” (MFPA, 1975). Em fevereiro de 1978, no Rio de Janeiro, foi fundado o primeiro Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), e se intensificou a campanha pela anistia ampla, geral e irrestrita. Em junho de 1979, o general Figueiredo enviou ao Congresso Nacional o projeto do governo para concessão de anistia (limitada, restrita e recíproca). O projeto não incluía presos políticos (195) condenados por ações armadas, nem assegurava reversão aos postos ocupados por quem perdera. Nos dois casos, a lei teve conserto, mas a reciprocidade se manteve, garantindo a impunidade para os militares.

contribuiu para abrir horizontes. Mas é só em 1975 que as ideias feministas, de exigir a igualdade de direitos e questionar o papel de submissão da mulher, vão começar a ter ressonância junto à opinião pública (TELES, 2017, p. 96).

Na segunda metade da década de 1970, as mulheres passaram, então, a organizar seminários e a programar jornadas de luta e campanhas. O primeiro foi o “Seminário sobre o Papel e o Comportamento das Mulheres na Sociedade Brasileira”, realizado em 1975, no Rio de Janeiro, e que, segundo uma de suas organizadoras – Leila Linhares Barsted –, representou o “momento inaugurador do novo movimento feminista em nosso país” (2016, p. 25). Nesse seminário, os principais temas que surgiram foram “as denúncias das diversas formas de discriminação que recaíam sobre as mulheres e a importância da luta pela liberdade e igualdade de direitos” (BARSTED, 2016, p. 25).

Nesse contexto, surgem, também, as publicações feministas; que, assim como o Movimento Negro fez nas décadas de 1940 e 1950, fizeram circular seus pontos de vista e denunciar a opressão das mulheres. Entre 1975 e 1979 circulou o jornal *Brasil Mulher*<sup>208</sup>, falando em feminismo em sua segunda edição, quando pontuou que: “o Brasil está, pouco a pouco, timidamente, entrando para os países onde o feminismo – Movimento de libertação da Mulher – se afirma e se organiza” (TELES, 2017, p. 96). Em junho de 1976, foi publicado o primeiro número do jornal *Nós Mulheres*<sup>209</sup>, que durou até 1978, e também contribuiu para o avanço das ideias feministas e de combate à discriminação. Seu primeiro editorial trouxe a discussão de salários iguais, de que o filho não é só da mãe e a necessidade da divisão do trabalho doméstico, com a criação de equipamentos sociais, como creches, escolas, lavanderias, restaurantes a preços populares. Observe-se que as mulheres, nesse momento, ainda não estavam denunciando propriamente a violência machista ou sua libertação sexual, cingindo-se a questões mais relacionadas ao seu cotidiano, e mesmo assim essas demandas eram consideradas absurdas pelo senso comum social, inclusive dentre ativistas de esquerda, que, como informa Amelinha, sustentavam que a maioria

---

<sup>208</sup> “Começou a ser editado por Joana Lopes, de Londrina, no Paraná, com uma equipe de sete mulheres, que depois se ampliou para 26. A partir do seu segundo número, foi transferido para São Paulo. Sua tiragem oscilava entre 5 mil e 10 mil exemplares e sua periodicidade era irregular, ora bimestral, ora trimestral” (TELES, 2017, p. 97).

<sup>209</sup> “A equipe do jornal era composta da jornalista responsável, Marisa Correa, e mais uma equipe de quase trinta colaboradoras. Ele deixou de circular em 1978 e sofreu oscilações na tiragem e na periodicidade” (TELES, 2017, p. 100).

do povo brasileiro tinha problemas mais prioritários, como a fome e a falta de liberdade (TELES, 2017).

Também na primeira edição do jornal *Nós Mulheres*, foi publicado o depoimento de uma mulher negra carioca que denunciava o racismo no Brasil (TELES, 2017), fato importante para o fortalecimento do movimento de mulheres negras e da interseccionalidade no interior do movimento feminista nacional. Em 1981, um grupo de mulheres feministas lançou o jornal *Mulherio*<sup>210</sup>, que durou até 1987 e também tratava de temas candentes dos feminismos, como a extensão da licença-maternidade para os pais, a democratização do espaço doméstico, a situação da mulher negra e a existência de um movimento de mulheres negras. Em 1982, divulgou as propostas das candidatas para o Legislativo que se declaravam defensoras das “bandeiras feministas”, dentre as propostas, destacavam-se: o direito a creche, a descriminalização do aborto e a aposentadoria da mulher aos 25 anos de serviço (TELES, 2017). A Violência machista ainda não era um tema de destaque das feministas.

Todas essas publicações ajudaram a fortalecer as reivindicações feministas e fazer com que as próprias mulheres tomassem consciência de sua condição social. A voz das mulheres tanto atingiu a opinião pública que, em 1976, o deputado Nelson Carneiro requereu (Requerimento nº 15) a instauração de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), “com a finalidade de examinar a situação da mulher em todos os setores de atividades – social, político, trabalhista, legal e etc.” (BRASIL, 1976<sup>211</sup>). Para justificar tal requerimento o deputado afirmou que:

Inúmeros motivos – feminismos e outros movimentos extravagantes à parte – conduzem-nos [...] a ponderar e a meditar sobre a quadra ou estágio de civilização a que chegamos, onde já não é possível ignorar a posição de inferioridade atribuída à mulher em todos os setores da atividade humana, situação essa que está refletida não somente no comportamento e no relacionamento das pessoas, através das convenções ou instituições mais duradouras (família, por exemplo), como no próprio ordenamento jurídico da sociedade (BRASIL, 1976).

Como se pode perceber, os feminismos estavam fazendo eco no Legislativo, a ponto de o deputado admitir que as mulheres recebem “um tratamento de segunda

---

<sup>210</sup> “jornal bimestral tendo como jornalista responsável Adélia Borges” (TELES, 2017, p. 101).

<sup>211</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4222417&disposition=inline>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

classe” e defender que não se mantenha “a farsa, o desequilíbrio, a discriminação enfim, em razão de meros preconceitos, ainda que solidificados durante milênios” (BRASIL, 1976). Para isso, o deputado propôs referida CPMI com o objetivo de, enfim, “verificar até que ponto a legislação vigente contribui para o referido estado de coisas e em que pontos deve ser mudada” (BRASIL, 1976).

O deputado utiliza como referência para seus argumentos uma série de pesquisas publicadas nos Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas, na sua maioria conduzidas por pesquisadoras mulheres. Assim, ele utiliza a constatação de Eva Alterman Blay (pesquisadora, professora e doutora do Departamento de Ciências Sociais da USP) de que há, no Brasil, “uma tendência de limitar a participação da mulher em atividade economicamente ativa”<sup>212</sup> (apud BRASIL, 1976). O deputado cita, também, ponderações de Glaura Vasques de Miranda (da Faculdade de Educação da UFMG) a respeito da atitude negativa generalizada em relação ao trabalho da mulher casada<sup>213</sup>. Também foi feita referência à pesquisa sobre o “Acesso da mulher ao ensino superior brasileiro”, de Carmem Lucia de Melo Barroso e Guiomar Namó de Mello (do Departamento de Pesquisas Educacionais da Fundação Carlos Chagas), que concluiu pela maior dificuldade das mulheres a ingressar no ensino superior. Por fim, está destacada no documento a pesquisa de Maria Amélia de Azevedo Goldberg, Marisa T. D. S. Baptista, Neide Carvalho Arruda, Elva Siqueira de Sá Barreto e Sonia Maria Carvalho de Menezes, a respeito das “Concepções sobre o papel da mulher no trabalho, na política e na família”<sup>214</sup>, em que concluem que há submissão da mulher não só no âmbito público (do trabalho e da vida política), como também no âmbito privado (da família).

Em março de 1977, a CPMI foi instalada, tendo ouvido depoimentos de 38 mulheres<sup>215</sup>, das quais 13 eram doutoras. Alguns depoimentos apresentaram

<sup>212</sup> “Trabalho industrial x trabalho doméstico: a ideologia do trabalho feminino”. In: *Cadernos de Pesquisa*, nº 15, da Fundação Carlos Chagas, p. 9-11.

<sup>213</sup> “A educação da mulher brasileira e sua participação nas atividades econômicas, em 1970”. In: *Cadernos de Pesquisa*, nº 15, da Fundação Carlos Chagas, p. 25-32.

<sup>214</sup> In: *Cadernos de Pesquisa*, nº 15, da Fundação Carlos Chagas, p. 86-120.

<sup>215</sup> Dra. Carmem Lúcia de Melo Barroso, Dra. Maria Machado Malta Campos, Dra. Guiomar Namó de Mello, Dra. Fúlvia Maria de Barros Mott Rosemberg, Dra. Maria Rita Soares de Andrade, Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Dra. Maria Alice da Silva, Dra. Romy Medeiros da Fonseca, Dra. Iris de Carvalho, Dra. Regina Coelho, Dra. Esther de Figueiredo Ferraz, Dra. Suzanna Frank, Dra. Zeia Pinho de Rezende, Sra. Dinah Silveira de Queiroz, Sra. Heloneida Studart, Sra. Cidinha Campos, Sra. Sandra Cavalcanti, Sra. Hilza Porto, Sra. Nadir de Souza Barbosa, Sra. Dercy Furtado, Sra. Maria Sabina de Albuquerque, Sra. Carmem da Silva, Sra. Maria Lenck, Sra. Dulce Salles Cunha Braga, Sra. Hermínia Faria Fernandes Lima, Sra. Ruth Passarinho, Sra. Maria Rita Seixas, Lúcia Daltro de Viveiros, Sra. Ana de Oliveira, Sra. Cecília de Paula Teixeira, Sra. Moema

sugestões de medidas a serem implementadas, dentre as quais, destacam-se<sup>216</sup>: (a) aumento das oportunidades de emprego para as mulheres e eliminação da discriminação das condições de emprego; (b) aumento dos serviços de infraestrutura que facilitem o trabalho doméstico e criação de creches; (c) educação no sentido de reavaliação do papel do homem e da mulher na sociedade; (d) provisão de paridade no exercício dos direitos civis, sociais e políticos; e (e) estabelecimento de um organismo de governo a nível ministerial para acelerar a obtenção da igualdade de oportunidades para a mulher e sua plena integração na vida nacional<sup>217</sup>.

Amelinha denunciou que as mulheres trabalhadoras foram impedidas de participar da CPMI, tendo-se convidado personalidades com “currículo” previamente aprovado pelos integrantes da comissão” (TELES, 2017, p. 110). De qualquer forma, as mulheres trabalhadoras – sindicalistas – estavam bastante organizadas e promovendo uma série de mobilizações no período: em 1977, o Centro da Mulher Brasileira promoveu, no Rio de Janeiro, o 1º Encontro da Mulher que Trabalha; em 1978, ocorreu o I Congresso da Mulher Metalúrgica, no Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo/SP, que redundou em um abaixo-assinado com 1,3 milhão de assinaturas, entregue ao General João Figueiredo (então Presidente), em que se reivindicou, sobretudo, salários iguais, acesso a cursos e chefia sem discriminação por sexo, iguais oportunidades de trabalho, contra o controle de tempo para ir ao banheiro, estabilidade para gestante e mulher casada, criação de creches e berçários nas fábricas e pela criação do departamento feminino nos sindicatos; em 1979, ocorreu o I Encontro da Mulher Jornalista, em Brasília, promovido pelo Sindicato dos jornalistas, em que se debateu a questão da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho e na legislação brasileira; no mesmo ano ocorreu o I Congresso da Mulher Paulista, que promoveu a criação do Movimento de Luta por Creche, criando o primeiro *slogan* do movimento unificado: “o filho não é só da mãe” (TELES, 2017; MIRANDA, 2016).<sup>218</sup>

---

Eulália Toscano, Sra. Leda Collor de Mello e a equipe de jornalistas (d'O Estado de S. Paulo, Jornal do Brasil, O Globo e Veja) composta por: Arcelina Helena Públia Dias, Eliana Lucena, Leda Flora Veiga de Lemos, Eliane Catanhede, Zenaide Azeredo e Eloisa Doyle.

<sup>216</sup> As medidas são inspiradas no Plano Mundial de Ação, resultante da Conferência do Ano Internacional da Mulher, patrocinado pela ONU.

<sup>217</sup> Demanda que será atendida em 2003, com a criação da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres, com *status* de ministério.

<sup>218</sup> “Em maio de 1982, foi introduzido na Constituição paulista um dispositivo que dispunha sobre a criação de creches para os filhos das funcionárias públicas até sete anos de idade [...] Na Constituição Federal [1988] [...] ficou estabelecido o direito de creche para os filhos dos trabalhadores [art. 7º, XXV]” (TELES, 2017, p. 113).

No dia 8 de março de 1976, ocorreu a primeira comemoração pública – pós-1964 – do Dia Internacional da Mulher. Cita-se este evento para destacar um fato interessante que ajuda a ilustrar o perfil do movimento à época. Na ocasião, uma representante das mulheres negras, homossexual, denunciou a “discriminação que sofrem os homossexuais e principalmente a lésbica” (TELES, 2017, p. 107). Este fato teria causado, segundo narra Amelinha, “espanto e mal-estar, pois ninguém naquela época falava sobre homossexualidade, muito menos em público” (TELES, 2017, p. 107).

Não é só, em março de 1979, também causou conflitos internos no movimento, quando as mulheres negras introduziram o racismo nos debates do Encontro Nacional da Mulher, no Rio de Janeiro. Segundo relata Lélia Gonzalez (1982<sup>219</sup> apud LEMOS, 2016, p. 135), “existia um consenso quanto às exigências na luta contra a exploração da mulher, do operariado, entre outras, mas as falas das mulheres negras ao abordarem o racismo foram classificadas de emocional e revanchistas”.

Quer dizer, quando ainda não se falava em interseccionalidade, as homossexuais e as negras já tencionavam o movimento feminista nesta direção. Com o passar do tempo e o fortalecimento da luta das mulheres negras e das lésbicas e do próprio movimento LGBT, seus discursos passam a ser absorvidos pelo Movimento Feminista, e vice-versa, de modo que a interseccionalidade se torna uma marca dos movimentos sociais contemporâneos.

Até a década de 1980, não se falava de violência contra a mulher. Como a feminista Amelinha diz, as mulheres eram capazes de “denunciar corajosamente as torturas e assassinatos cometidos pela polícia” (TELES, 2017, p. 135), mas omitiam a violência praticada contra elas próprias por seus maridos ou companheiros. Leila Barsted (2016), por sua vez, coloca que o tema da violência contra as mulheres esteve presente desde as primeiras manifestações do feminismo brasileiro, ainda no final da década de 1970. E traz como exemplo as denúncias feministas em torno do assédio sexual, quando ele ainda não era tipificado, por ocasião de uma funcionária de um jornal do Rio de Janeiro que havia sido assediada por seu chefe. É verdade que se falava, na época, muito mais em discriminação do que violência propriamente dita.

---

<sup>219</sup> GONZALEZ, Lélia. 1982. "A mulher negra na sociedade brasileira (uma abordagem político-econômica)", in: Madel T. Luz: O Lugar da mulher: estudos sobre a condição feminina na sociedade atual. Rio de Janeiro: Edições Graal, 87-107.

Tanto que a primeira convenção internacional<sup>220</sup> que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres – a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) ou Convenção da Mulher – não faz menção ao tema da violência contra as mulheres. Esta lacuna foi sanada em 1992, quando a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução nº 19, sobre violência contra as mulheres. Isso porque, como se verá, este tema entrará com mais força para a agenda do movimento feminista no decorrer das décadas de 1980 e 1990.

Mesmo sem falar em violência, esta foi a Convenção que mais recebeu reservas por parte dos Estados signatários, especialmente no que tange à igualdade entre homens e mulheres na família. Inclusive o Estado brasileiro, quando da ratificação, por meio do Decreto nº 89.460/1984, apresentou reservas ao artigo 15, parágrafo 4º e ao artigo 16, parágrafo 1º (a), (c), (g), e (h), da Convenção.

O artigo 15 assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência. Já o artigo 16 estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres, no âmbito do casamento e das relações familiares. Em 20 de dezembro de 1994, o Governo brasileiro notificou o Secretário Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas (PIOVESAN, 2011, p. 64).

O tema da violência contra as mulheres começou a ganhar protagonismo na agenda política do movimento feminista brasileiro por ocasião de um caso emblemático que aconteceu no país: o assassinato de Ângela Diniz por seu então namorado Doca Street, em dezembro de 1976. É que em seu primeiro julgamento, ocorrido em 1979, Doca teve reconhecido o motivo de “relevante valor social ou moral” e teve uma importante redução na sua pena, que ficou em dois anos de detenção e que, portanto, sequer precisaria ser cumprida, na medida em que fora suspensa (pela aplicação do instituto previsto no art. 77, do Código Penal).

Diante disso, feministas organizadas deram início a uma grande campanha nacional, sob o *slogan* “quem ama não mata”. Quanto ao caso “Doca Street”, o Ministério Público recorreu e, por ocasião do segundo julgamento, sua condenação subiu para 15 anos. Possivelmente fruto dessa campanha nacional.

---

<sup>220</sup> Anteriormente, a Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW), da ONU, já havia preparado convenções de atenção às mulheres, mas específicas e não gerais, como: a Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); a Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); e a Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962).



A partir de 1980, as mulheres se dedicaram, portanto, a este tema e foram criadas entidades autônomas com o objetivo de atender a mulher vítima de violência, com serviço voluntário de psicólogas e advogadas (como o SOS-Mulher, em São Paulo, no Rio de Janeiro e Pernambuco e o Centro de Defesa da Mulher, em Minas Gerais). As feministas buscaram, também, interlocução com o Estado, conforme elucida Leila Barsted (2016, p. 27):

Já no início da década de 1980, a agenda feminista incluía, além da luta legislativa, a pressão junto ao poder executivo, nos níveis nacional e estadual, para a criação de mecanismos institucionais de defesa dos direitos das mulheres e serviços capazes de atender as mulheres em situação de violência.

Assim que, a partir de 1982, estados como São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro passaram a contar com Conselhos Estaduais e Delegacias de Mulheres (BARSTED, 2016). E, em agosto de 1985, por meio da Lei nº 7.353, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). Trata-se da primeira experiência de institucionalização no Executivo das reivindicações das mulheres brasileiras.

A propositura do CNDM partiu do próprio Executivo, em junho de 1985, cujo Ministro da Justiça (Fernando Lyra) afirmou, na exposição de motivos do projeto da lei (PL nº 5778/85), ser “compromisso da Nova República promover medidas eficazes tendentes a valorizar a atuação da mulher em todos os campos da sociedade brasileira, eliminando, desse modo, qualquer tipo de discriminação que limite sua plena participação” (BRASIL, 1985<sup>221</sup>).

A partir da criação do CNDM, políticas públicas para mulheres entraram na agenda política do Governo Federal, proporcionando o surgimento e a expansão de medidas para responder aos problemas específicos das mulheres, como, por exemplo, a expansão das Delegacias de Atendimento Especializado à Mulher (MIRANDA, 2016). Quanto à temática específica da violência contra as mulheres, o CNDM, no período de 1986 a 1989, “produziu uma grande campanha, com inserções na mídia, em que diversas personalidades formadoras de opinião se pronunciavam contra essa violência e promoveu a realização de pesquisa e publicação relativa aos resultados do acesso à justiça” (BARSTED, 2016, p. 28). Além disso, como se verá

---

<sup>221</sup> Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=028A99C100039F02E69F9B389B8A0F4A.proposicoesWebExterno2?codteor=1160803&filename=Dossie+-PL+5778/1985](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=028A99C100039F02E69F9B389B8A0F4A.proposicoesWebExterno2?codteor=1160803&filename=Dossie+-PL+5778/1985). Acesso em 22 de agosto de 2017.

no próximo tópico, o CNDM teve papel fundamental na articulação das demandas feministas para a constituinte de 1987.

## 7.6 Conclusão do período

A ditadura militar deixou como legado, como se pode ver da Quadro abaixo, quatro leis que penalizam condutas discriminatórias, das quais somente uma não está mais em vigor, dada sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Quadro 10 - *Comparação leis penais antidiscriminatórias da Ditadura Militar (1964-1988)*

|                              | <b>Lei 5.250/67</b>   | <b>Lei 5.473/68</b>   | <b>Lei 7.170/83</b>   | <b>Lei 7.437/85</b>  |
|------------------------------|---|---|---|--|
| <b>Propositura</b>           | Executivo.<br>PLN 23/1966   | Legislativo.<br>Dep. Nelson Carneiro<br>(MDB/GB). PL 3232/65.   | Executivo.<br>Presidente da<br>República.<br>João Figueiredo.<br>Mensagem 135/1983.   | Legislativo.<br>Sen. Nelson Carneiro<br>(PTB/RJ).<br>PLS 9/1983  |
| <b>Tempo de tramitação</b>   | 1 ano e 3 meses.  | 2 anos e 9 meses.   | 1 mês.  | 1 ano e 9 meses.   |
| <b>Preconceito abrangido</b> | Raça e classe.  | Sexo.   | Raça.   | Raça, cor, sexo, estado civil.   |
| <b>Condutas punidas</b>      | Art. 14. Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceito de raça ou de classe. | Art. 1º São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros de funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedade de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público.<br>Parágrafo único. Incorrerá na pena de prisão simples de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa de NCr\$ 100,00 (cem cruzeiros novos) a NCr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros novos) quem, de qualquer forma, obstar ou tentar obstar o cumprimento da presente Lei. | Art. 22 - Fazer, em público, propaganda: [...] II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; | Art. 3º. Recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento de mesma finalidade, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Art. 4º. Recusar a venda de mercadoria em lojas de qualquer gênero ou o atendimento de clientes em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes, abertos ao público, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Art. 5º. Recusar a entrada de alguém em estabelecimento público, de diversões ou de esporte, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Art. 6º. Recusar a entrada de alguém em qualquer tipo de estabelecimento comercial ou de prestação de serviço, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Art. 7º. Recusar a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Art. 8º. Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público civil ou militar, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Art. 9º. Negar emprego ou trabalho a alguém em |

|   |  |  |  |   |
|---|--|--|--|---|
|   |  |  |  | autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.  |
| <b>Pena</b>                               | 1 a 4 anos de detenção.  | Prisão simples de 3 meses a 1 ano e multa.   | Detenção, de 1 a 4 anos.   | Prisão simples de 15 dias a um ano.   |
| <b>Vigência</b>                           | Não consta revogação expressa. Não recepcionada pela Constituição de 1988 (STF. ADPF nº 130/2009). | Não consta revogação expressa.   | Não consta revogação expressa.   | Não consta revogação expressa.  |
| <b>Justificativa oficial</b>              | Não identificado.  | Negativa de instituições ao trabalho feminino. Odiosa e injusta discriminação às mulheres. Ascensão das mulheres em posições de destaque no mundo. | Abrandar a Lei de Segurança Nacional. "Mínimo de segurança, sem omitir a garantia de que o regime de liberdade não sirva de instrumento à sua própria destruição". | Permanência de ocorrências de discriminação à mulher no trabalho e em estabelecimentos comerciais, em razão do estado civil. "A Lei de 1968, pouco divulgada, não tem sido cumprida e as atingidas pela discriminação inconcebível dela não se valem. E as autoridades não a aplicam, porque em geral a desconhecem. Daí a necessidade de um estatuto mais amplo, que por mais abrangente, impeça injustas restrições à mulher, por motivo de sexo ou de estado civil". |
| <b>Gatilho/detonador</b>                  | Golpe militar.   | Ingresso das mulheres no mercado de trabalho.  | Processo de descompressão da ditadura militar.   | Desenvolvimento do Movimento Feminista brasileiro, que fez com o que o deputado instaurasse uma CPMI para examinar a situação das mulheres, denunciada pelos "feminismos".  |
| <b>Posicionamento do movimento social</b> | Contrário. Proibição ao debate de raça.  | As mulheres estavam entrando para os sindicatos e demandando salários iguais para trabalhos iguais.  | Não identificado.  | Movimento feminista demandava o aumento de oportunidades de emprego para as mulheres e a eliminação da discriminação das condições de emprego.  |

Fonte: Elaborado pela autora.

As condutas punidas dividem-se em três grupos: (i) fazer propaganda de preconceito de raça ou de classe; (ii) discriminar os sexos no provimento de cargos; e (iii) obstar ou recusar acesso por preconceito de raça, sexo ou estado civil. Observe-se que as penas das condutas de propaganda são bastante superiores às de condutas segregatórias; enquanto as primeiras têm pena mínima abstrata de um ano, as segundas, a pena máxima é de um ano.

Diferente do período anterior, aqui duas leis foram propostas pelo Executivo e as outras duas pelo Legislativo. As do Executivo tramitam mais rapidamente; de qualquer forma, a média no período foi de apenas um ano e cinco meses (enquanto na República Populista era de cinco anos). Só não foi possível acesso à justificativa da Lei de Imprensa, quanto às demais, não foi feita referência a Convenções

internacionais, tendo se destacado nos dois projetos do Deputado Nelson Carneiro, preocupação com um problema social empírico, que atingiam as mulheres, que é sua discriminação no trabalho ou no acesso a estabelecimentos, em razão de seu sexo ou de seu estado civil.

## 8 A REDEMOCRATIZAÇÃO E A EXPANSÃO DE LEIS PENAIS

Conforme visto, a partir de 1977, deu-se o início o processo de abertura política nacional. Momento em que a sociedade civil passou a demandar uma nova constituinte, que fosse democrática. Nesse sentido, em 1977, foi aprovada a convocação de uma Constituinte por unanimidade na convenção do MDB; a CNBB publicou documento denominado “Exigências cristãs para uma ordem política”, também cobrando a convocação de uma Assembleia Constituinte; e a OAB, por meio do Presidente de seu Conselho Federal, Raymundo Faoro, postulou pela volta do poder constituinte ao povo (SARMENTO, 2009).

Em 1985, já que as “Diretas Já” foram vencidas no Congresso Nacional, houve eleições indiretas para a presidência, tendo saído vitoriosos Tancredo Neves (PMDB) e o vice José Sarney (PMDB) no Colégio Eleitoral, encerrando o governo dos generais. Essa aliança havia se comprometido a concretizar o projeto de redemocratização do país, por meio de eleições diretas em todos os níveis, convocação de uma Assembleia Constituinte e promulgação de uma nova Constituição.<sup>222</sup>

E, de fato, mesmo com a morte de Tancredo Neves, no dia 21 de abril de 1985, Sarney enviou ao Legislativo a Mensagem nº 330/1985, com proposta de Emenda à Constituição para a convocação de Assembleia Nacional Constituinte. Em 27 de novembro de 1985, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 26, prevendo a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional e determinando a convocação da Assembleia Nacional Constituinte para o dia 1º de fevereiro de 1987.<sup>223</sup> A partir dessa data, foram 613 dias até a promulgação da nova Constituição.

Nesse momento inicia o período mais recente da história política brasileira: de redemocratização e busca pela consolidação da democracia. Este período histórico-político brasileiro, de vigência das liberdades públicas e certa solidez das instituições democráticas, vinha durando até a atualidade, isto é, aproximadamente 29 anos. Em 2016, houve um episódio político que a história política nacional ainda terá que dar

---

<sup>222</sup> Também se comprometeu a “não fazer perguntas às Forças Armadas – nem sequer para investigar os crimes da ditadura” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 486).

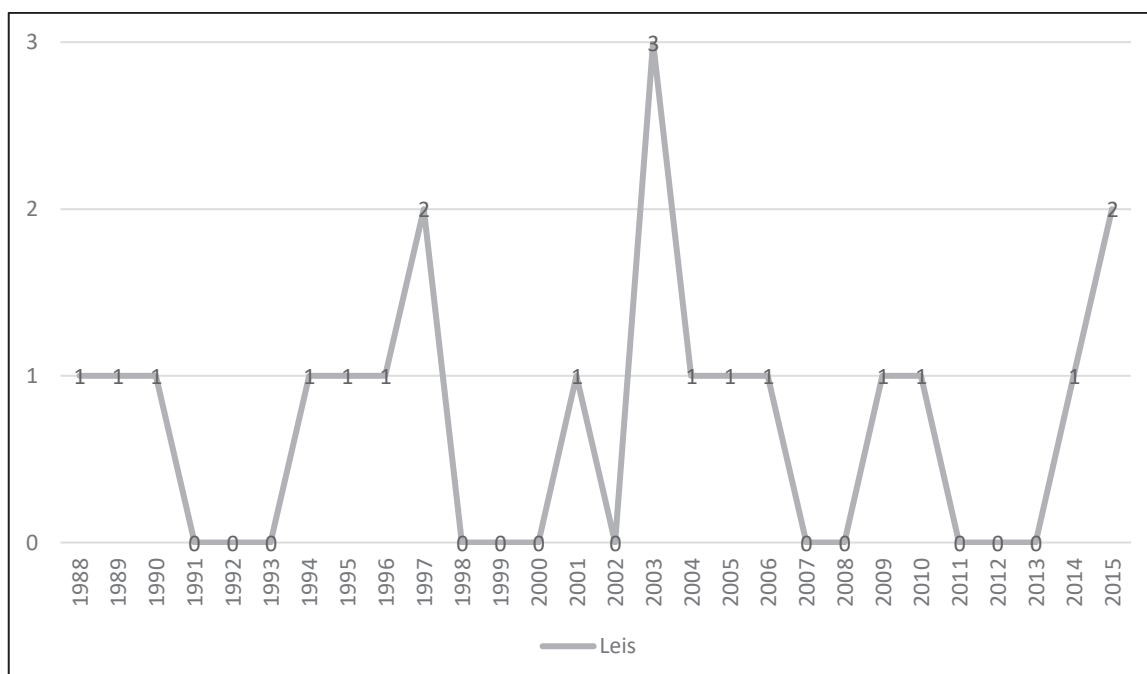
<sup>223</sup> “O modo correto seria convocar a Assembleia Nacional Constituinte a ser composta pelos representantes do povo a serem eleitos na data marcada. Mas não foi certo convocar membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, porque, por princípio, tais órgãos são do poder legislativo constituído. Isso, aliás, é um pouco da tradição brasileira; salvo as Constituintes de 1823 e 1933-34, todas as demais (1891, 1945), como em 1987-1988, foram Congressos Constituintes ou Constituinte Congressual” (SILVA, 2013, p.)

conta de caracterizar: a interrupção do mandato da então presidenta Dilma Rousseff (PT), quando o Congresso Nacional articulou e aprovou seu *impeachment*.

Nesses 29 anos, sucederam-se seis presidentes: Fernando Collor de Mello (PRN<sup>224</sup>-1990-1992), Itamar Franco (PRN-1992-1994), Fernando Henrique Cardoso (PSDB-1995-2002), Luiz Inácio Lula da Silva (PT-2003-2010) e Dilma Rousseff (PT-2011-2016). Após o impeachment de Dilma, assumiu seu vice, Michel Temer (PMDB-2016-atual), quem ocupa a presidência na atualidade.

Houve, nesse período, uma grande expansão legislativa, que, como não poderia deixar de ser, refletiu nas normas penais e, conseqüentemente, nas que procuram enfrentar o preconceito. Enquanto foram identificadas 6 legislações na República populista, distribuídas em aproximadamente 19 anos (média de 0,3/ano); e 5 na Ditadura Militar, distribuídas em 24 anos (média de 0,2/ano); a partir da redemocratização até o ano de 2015, foram identificadas 20 legislações com a temática da discriminação e/ou do preconceito (média de 0,7/ano). Distribuídas conforme ilustra o gráfico abaixo.

Gráfico 12 - Leis penais de enfrentamento ao preconceito/discriminação na redemocratização

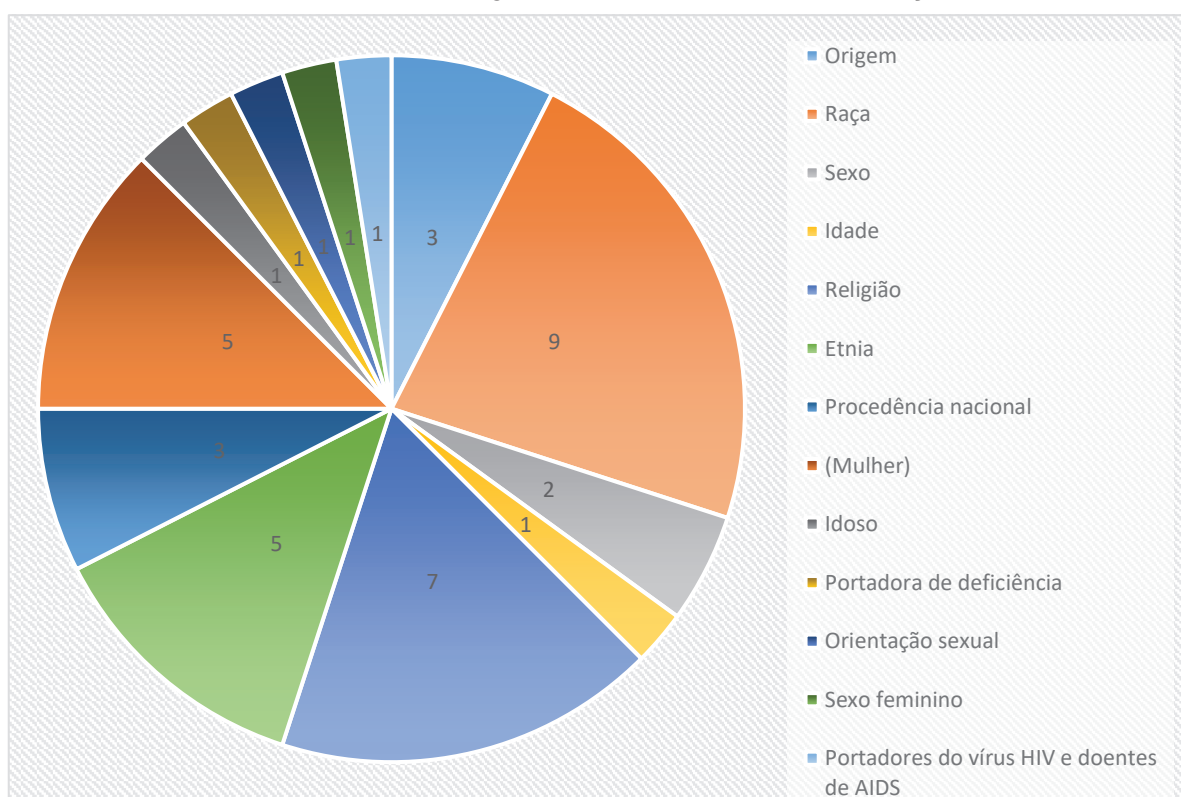


Fonte: Elaborado pela autora.

<sup>224</sup> Partido de Reconstrução Nacional (PRN).

Quanto às categorias mencionadas por essas leis, mantém-se a predominância da “raça” (9), seguida da “religião” (7) e da etnia (5). Destaca-se, neste período, a atenção às violências sofridas pela mulher, com cinco leis dedicadas a enfrentá-las, ainda que não mencionem a categoria expressamente [por isso, a categoria está grafada como “(Mulher)”], duas falam em “sexo”, uma em “sexo feminino” e outra menciona “mulher” expressamente, totalizando, portanto, sete leis. A “orientação sexual” não é diretamente criminalizada, mas está mencionada na Lei Maria da Penha, quando diz que protege a mulher, independente de orientação sexual.

Gráfico 13 - Categorias das leis da redemocratização



Fonte: Elaborado pela autora.

Passa-se, então, à análise das leis que se dedicam a enfrentar o preconceito e a discriminação de raça, sexo, gênero e orientação sexual, quais sejam: (i) Constituição de 1988; (ii) Lei Caó e suas reformas (Leis nº 7.716/89, 8.081/94, 8.882/94, 9.459/97, 12.033/09 e 12.288/10); (iii) Lei da discriminação no emprego e suas reformas (nº 9.029/95 e 13.146/15 [Estatuto da Pessoa com Deficiência]); (iv) Lei da Tortura (nº 9.455/97); (v) Estatuto do Idoso (nº 10.741/03); (vi) Lei nº 10.803/03 (condições análogas a de escavo); e (vii) Leis de enfrentamento à violência contra a mulher (Leis nº 10.224/01, 10.778/03, 10.886/04, 11.106/05, 11.360/06, 13.104/15).

## 8.1 A Constituição de 1988 e uma Nova Base Ética do Estado Brasileiro

Nas eleições diretas de 1986, foram eleitos simultaneamente as/os parlamentares que conformariam a Constituinte e os governadores de Estado. O PMDB elegeu 22 dos 23 governadores e obteve uma bancada superior à maioria absoluta da Assembleia Constituinte.<sup>225</sup> Não se pode esquecer, entretanto, que o PMDB não representava uma única força política, pois sua bancada era bastante heterogênea. Ainda, ao longo dos mais de 20 meses que durou a Constituinte, cerca de 15% dos congressistas mudaram a sua filiação partidária. O próprio PSDB<sup>226</sup> surgiu em junho de 1988, formado sobretudo por dissidentes do PMDB (SARMENTO, 2009).

O percentual de novos parlamentares foi de 49% (taxa de renovação dentro da média nacional, considerando as legislaturas anteriores).

Apenas 24,2% dos constituintes não tinham experiência anterior em cargos eletivos. Mais da metade deles (50,80%) ingressara na vida político-eleitoral a partir do prévio exercício de cargos públicos da elite burocrática do Estado, enquanto um percentual bem menor de integrantes (11,64%) tivera a sua origem política na participação em movimentos sociais organizados (SARMENTO, 2009, p. 14, a partir de dados constantes no caderno 'Quem é quem na constituinte', publicado pelo jornal Folha de São Paulo, em 19 de janeiro de 1987).

Quanto à representatividade racial, enquanto naquele momento os negros (pretos e pardos) representavam aproximadamente 46% do contingente populacional pátrio, foram eleitos apenas 11 representantes negros (sendo uma mulher) do total de 559 membros, ou seja, 2% dos constituintes (SARMENTO, p. 2009). As mulheres também estavam sub-representadas com apenas 26 congressistas, 4,6% dos constituintes (sendo uma negra), não havia nenhum(a) indígena e nenhum(a) parlamentar se identificava como lésbica, gay, bissexual ou transgênero.

Diante dessa sub-representação, a atuação dos movimentos sociais teria que ser fundamental para que as demandas desses grupos sociais – negros, mulheres e LGBT – fossem efetivamente negociadas. Até porque, a composição ideológica da

---

<sup>225</sup> “O pleito realizou-se em momento em que o Plano Cruzado do Presidente José Sarney ainda estava produzindo efeitos positivos na economia, o que contribui para explicar o enorme sucesso eleitoral do PMDB” (SARMENTO, 2009, p. 12).

<sup>226</sup> Partido da Social Democracia Brasileira.



Constituinte, segundo pesquisa realizada por Daniel Sarmiento (2009<sup>227</sup>), aponta que 12% eram de direita; 24%, centro-direita; 32%, centro; 23%, centro-esquerda e 9%, esquerda.<sup>228</sup>

De fato, durante a constituinte, o Congresso se transformou no centro da vida pública nacional, e a sociedade se organizou para participar do debate constitucional em associações, comitês, sindicatos (SCHWARCZ; STARLING, 2015). Até porque, desde março de 1986 (até julho de 1987), a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, por meio do projeto “Diga Gente e Projeto Constituição”, lançou uma campanha para os cidadãos expressarem suas sugestões para a nova Constituição.

Nesse sentido, os movimentos negros, feministas e LGBT’s também se organizaram para apresentar suas demandas específicas. Afinal, vinham fortalecidos do ciclo de protestos pela democratização e estavam engajados na construção de alianças com “partidos, organizações de esquerda e outros movimentos, a fim de potencializar a ressonância de suas demandas como parte da luta por democracia” (CRUZ, 2017).

A propósito, os Movimentos Feministas iniciaram, em novembro de 1985, a partir do CNDM, uma campanha nacional com o tema “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”, que promoveu discussões por todo o país, ampliando os canais de comunicação entre o movimento social e os mecanismos de decisão política. A campanha preparou as bases para o Encontro Nacional da Mulher Pela Constituinte, ocorrido em 26 de agosto de 1986, e contou com 1.500 participantes representativas de diferentes classes sociais, de diferentes níveis educacionais e regiões do país, cujas propostas foram sistematizadas no documento “Carta das Mulheres à Assembleia Constituinte”<sup>229</sup>, contendo as reivindicações das mulheres brasileiras. O

---

<sup>227</sup> A partir das questões que, no debate brasileiro da época, marcavam a diferença entre a direita e a esquerda: “basicamente, o apoio ou não ao governo militar [...] e a orientação a propósito de temas como os direitos sociais e a extensão da intervenção estatal na economia” (SARMENTO, 2009, p. 14).

<sup>228</sup> Por outro lado, como o próprio Daniel Sarmiento apresenta, Leôncio Martins Rodrigues, a partir da autodefinição dos próprios constituintes, chegou ao seguinte resultado (sem incluir os senadores): 5% dos constituintes se declararam de esquerda, 52% de centro-esquerda, 37% de centro, 6% de centro-direita e 0% de direita. O autor da pesquisa “admite, contudo, que estes dados deveriam ser vistos com cautela, porque, diante do desprestígio do regime militar, os constituintes tendiam a se autodefinir mais à esquerda do que efetivamente se situavam” (RODRIGUES, Leôncio Martins. *Quem é quem na constituinte: uma análise sócio-política dos partidos e deputados*. São Paulo: Jornal da Tarde, 1987 apud SARMENTO, 2009, p. 14).

<sup>229</sup> Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Aceso em 5 de set. de 2017.

documento é dividido em duas partes: (i) Princípios gerais (para a efetivação do princípio de igualdade); (ii) Reivindicações específicas: família, trabalho, saúde, educação e cultura, violência, questões nacionais e internacionais. Resumidamente, as mulheres demandaram representatividade, dignidade na vida cotidiana, com direitos à educação, saúde, segurança e vivência familiar sem traumas, e igual tratamento/oportunidades sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade. Quanto aos preceitos que nesta tese interessam analisar – relacionados ao enfrentamento da discriminação e do preconceito –, as demandas das mulheres foram:

Quadro 11 - Demandas do Movimento Feminista

|  |   |   |
|--|---|---|
| “Determine que a afronta ao princípio de igualdade constituirá crime inafiançável”.  | “Criminalização de quaisquer atos que envolvam agressões físicas, psicológicas ou sexuais à mulher, fora e dentro do lar”.  | “Será responsabilidade do Estado a criação e manutenção de albergues para mulheres ameaçadas de morte, bem como o auxílio à sua subsistência e de seus filhos”. |
| “Acate, sem reservas, as convenções e tratados internacionais de que o país é signatário, no que diz respeito à eliminação de todas as formas de discriminação”. | “Consideração do crime sexual como ‘crime contra a pessoa’ e não como ‘crime contra os costumes’, independentemente de sexo, orientação sexual, raça, idade, credo religioso, ocupação, condição física ou mental ou convicção política”. | “Criação de Delegacias Especializadas no atendimento à mulher em todos os municípios do país, mesmo naqueles nos quais não se disponha de uma delegada mulher”. |
| “A lei coibirá a violência na constância das relações familiares, bem como o abandono dos filhos menores”.   | “A lei não dará tratamento nem preverá penalidade diferenciados aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor”.  | “[...] revogação da Lei de Segurança Nacional e de toda a legislação repressiva”.   |
| “O Estado assegurará a liberdade de pensamento e expressão [...] desde que não veiculem preconceitos e estereótipos discriminatórios”.                           | “Será eliminada da lei a expressão ‘mulher honesta’”.   | “Política de não relacionamento de qualquer espécie com países que praticam o preconceito racial”.  |

Fonte: Elaborado pela autora.

Como se verá na sequência, grande parte das demandas feministas foram atendidas na redação final da Constituição, chega-se a afirmar que as mulheres teriam conseguido a aprovação de 80% de suas demandas (PITANGUY, 2011).

Quanto ao movimento negro, sua participação na constituinte iniciou em agosto de 1986, com a “Convenção Nacional do Negro pela Constituinte”, que contou com a participação 63 entidades (negras, sindicatos, partidos políticos e grupos sociais), de 16 estados da federação, totalizando 185 participantes, para levar as reivindicações dos negros enquanto um segmento politicamente organizado. As demandas partem da constatação de que os negros continuam na condição de marginalizados sociais, discriminados e aliados do processo de evolução social. Estão documentadas e dividem-se em dez pontos: (i) sobre os direitos e garantias individuais; (ii) sobre a violência policial; (iii) sobre as condições de vida e saúde; (iv) sobre a mulher; (v) sobre

o menor; (vi) sobre educação; (vii) sobre a cultura; (viii) sobre o trabalho; (ix) sobre a questão da terra; e (x) sobre relações internacionais. No quadro abaixo estão compiladas as demandas penais para o enfrentamento do preconceito e da discriminação de raça.

Quadro 12 - Demandas do Movimento Negro

|  |  |   |
|--|--|---|
| "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, será punido pela lei o preconceito de raça, como crime inafiançável, com pena de reclusão e para o referido processo adota-se o rito sumaríssimo". | "Que seja assegurado a plena igualdade de direitos entre o casal".   | "Rompimento imediato de relações diplomáticas e/ou comerciais com todos e quaisquer países que tenham institucionalizado qualquer tipo de discriminação entre sua população". |
| "Que seja efetivada a criação de um Tribunal Especial para julgamento dos crimes de discriminação racial".   | "A publicação de livros, jornais e periódicos não dependem de licença da autoridade. Fica proibida a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça, de cor ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes". |   |
| "a tortura física e ou psicológica seja considerada crime contra a humanidade".  | "O Estado assegura a todos os trabalhadores, de qualquer categoria profissional ou ramo de atividade, inclusive rural: [...] proibição de diferença de salários e de critérios de admissão no trabalho, por motivo de sexo, cor ou estado civil".  |   |

Fonte: Elaborado pela autora.

O próprio Movimento LGBT também passava por um período de transição, em que deixava de ter o caráter eminentemente libertário e contracultural que marcou seu surgimento no final da década de 1970, e passava a focar em estratégias mais institucionalizadas, como a garantia do direito à diferença e o estabelecimento de organizações de caráter formal (CRUZ, 2017). Como se pode perceber das resoluções aprovadas no 1º Encontro de Grupos Homossexuais Organizados (EGHO), ocorrido em abril de 1980, as quais envolviam a:

luta pela despatologização da homossexualidade, pela introdução de um dispositivo legal de proteção aos direitos dos homossexuais na Constituição brasileira e pela ampla legalização jurídica dos grupos organizados, na promoção de debates sobre homossexualidade durante o congresso anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), na denúncia dos casos de discriminação por parte de empregadores e em um maior acompanhamento dos casos de violência policial cometidos contra homossexuais (CRUZ, 2017).

E, de fato, o Movimento LGBT participou ativamente de duas discussões travadas na institucionalidade acerca da liberdade de orientação sexual: (i) a alteração

do Código 302.0 da Classificação Internacional de Doenças (CID), perante o Conselho Federal de Medicina<sup>230</sup>; e (ii) a participação na constituinte, “quando se pretendia a inclusão da expressa proibição de discriminação por orientação sexual no texto da nova Constituição” (MASIERO, 2014, p. 75). A primeira luta foi vencida e a segunda, adianta-se, não.

O fato é que o modo de elaboração da Constituição seria, então, fundamental para assegurar a ansiada participação popular em sua construção. Assim, antes de analisar o conteúdo da Constituição de 1988 (no que tange aos temas objeto desta tese), opta-se por iniciar abordando seu complexo processo de elaboração.

### 8.1.1 Processo de elaboração da Constituição de 1988

Os trabalhos da constituinte iniciaram em 1º de fevereiro de 1987 com a discussão do Regimento Interno.<sup>231</sup> Foi desenhado um procedimento constitucional complexo, sobretudo porque optou-se por partir de uma página em branco, e não de um anteprojeto previamente elaborado.

Assim, em primeiro lugar, o regimento previu a criação de oito Comissões Temáticas, cada uma com três Subcomissões<sup>232</sup>, conforme Quadro abaixo, e uma Comissão de Sistematização. Além disso, o regimento interno previa três modalidades

---

<sup>230</sup> “Em 1982, Luiz Mott, líder do Grupo Gay da Bahia (GGB), aproveitou a oportunidade aberta pela campanha eleitoral para circular entre candidatos, lideranças políticas, personalidades e intelectuais o abaixo-assinado pela revogação do Artigo 302.0 do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), que declarava a homossexualidade doença em âmbito nacional [...] obteve 16 mil assinaturas e conseguiu fazer com que o Conselho Federal de Medicina (CFM) revogasse o artigo 302.0 em 1985” (CRUZ, 2017).

<sup>231</sup> “O processo de elaboração do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC) foi mais complexo do que se previra inicialmente. Foram apresentadas 949 emendas ao projeto original, 693 emendas ao 1º Substitutivo do Relator, além de 4 emendas de redação ao texto da Redação Final” (LIMA, 2013)

<sup>232</sup> Sobre como se chegou aos nomes das Subcomissões, Nelson Jobim disse: “pegamos os três volumes que reuniam as constituições ocidentais editadas pelo Senado, e recortamos com tesoura os títulos, os nomes de títulos e capítulos de todas aquelas constituições. E, durante uma noite inteira, colocando no chão, terminamos a distribuição daquilo tudo. E aí, surgiu o seguinte: houve títulos, ou nome de títulos e capítulos que se reproduziam em todas as constituições. Chamamos, então, de matéria absolutamente constitucional. Houve nomes de títulos e de capítulos, que se repetiam na maioria das constituições. Chamamos de matéria relativamente constitucional. E houve um número de títulos de capítulos que se repetiam na minoria das constituições, menos de 50%. Chamamos de matéria relativamente não constitucional. E, por último, capítulos e nomes de títulos de capítulos que existiam em uma ou outra constituição. E aí nós chamamos de matérias idiossincrasticamente (sic) constitucionais. Neste modelo é que foram elaboradas as 25 (sic) subcomissões, que se centravam em grandes temas: as 8 comissões, que eram os 08 títulos da Constituição de hoje” (JOBIM, Nelson. *A Constituinte vista por dentro*: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, J. (coord). *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 11-12 apud LIMA, 2013).

de participação popular: a autoria de sugestões (art. 13, § 11), a participação em audiências públicas (art. 14) e a subscrição e defesa de emendas populares (art. 24, caput e VI).

*Quadro 13 - Constituinte: Comissões Temáticas e suas Subcomissões*

| <b>Comissões Temáticas</b>  | <b>Subcomissões</b>  |
|---|--|
| <b>1) Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher</b>     | a) Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais.<br>b) Direitos e Garantias Individuais.<br>c) Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias.                                       |
| <b>2) Comissão da Organização do Estado</b>   | a) União, Distrito Federal e Territórios.<br>b) Estados.<br>c) Municípios e Regiões.   |
| <b>3) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo</b>                  | a) Poder Legislativo.<br>b) Poder Executivo.<br>c) Poder Judiciário e Ministério Público.  |
| <b>4) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições</b> | a) Sistema Eleitoral e Partidos Políticos.<br>b) Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança.<br>c) Garantia da instituição, reformas e emendas.   |
| <b>5) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças</b>                      | a) Tributos, Participação e Distribuição de Receitas.<br>b) Orçamento e Fiscalização Financeira.<br>c) Sistema Financeiro.   |
| <b>6) Comissão da Ordem Econômica</b>   | a) Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica.<br>b) Questão Urbana e Transporte.<br>c) Política Agrícola e Fundiária e Reforma Agrária. |
| <b>7) Comissão da Ordem Social</b>  | a) Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos.<br>b) Saúde, Segurança e Meio Ambiente.<br>c) Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.                               |
| <b>8) Comissão da Família, Educação, Cultura e Esportes</b>                         | a) Educação, Cultura e Esportes.<br>b) Ciência e Tecnologia e da Comunicação.<br>c) Família, Menor e Idoso.  |

Fonte: Elaborado pela autora [a partir dos incisos I a VIII do art. 15 do RIANC (DANC de 25/3/1987, p. 874-875)].

Pode-se dividir o procedimento da constituinte em quatro fases de decisão: (i) primeiro as Subcomissões elaboravam um anteprojeto temático; (ii) este seguia para sua respectiva Comissão Temática, onde se apurava e depurava o material, formando um anteprojeto de Constituição que, por sua vez, (iii) passava à Comissão de Sistematização, responsável por redigir o projeto a ser encaminhado à (iv) votação pelo Plenário da Constituinte, em dois turnos de votação para se chegar à Constituição, como se chegou à Constituição de 1988.

As Subcomissões atuaram de 1º de abril a 25 de maio de 1987, as Comissões Temáticas finalizaram suas deliberações em 15 de junho, enquanto a Comissão de Sistematização se estendeu até 30 de novembro de 1987.

Para analisar os dispositivos constitucionais que procuram enfrentar o preconceito e a discriminação (com relevância penal), é necessário partir a análise de duas Subcomissões: a (1.b) dos “direitos e garantias individuais” e a (7.c) dos “negros,

populações indígenas, pessoas deficientes e minorias<sup>233</sup>". Observe-se que esta última Subcomissão não integrou a "Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher". Quanto a isso, Thula Pires (2016, p. 260) sugere que talvez seja "fruto da definição do verdadeiro sujeito de direito no Brasil", no mesmo sentido, o constituinte Costa Ferreira (pelo PFL/MA) disse na tribuna que esta Subcomissão é colocada, "como se índio e negro não fossem pessoa nenhuma" (apud PIRES, 2016, p. 260).

Apesar das críticas, pertinentes quanto à localização da Subcomissão dos "Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias", não se pode negar a importância da existência de uma Subcomissão destinada a discutir especificamente a questão racial, da população indígena, das pessoas deficientes e minorias. Quanto a isso, inclusive, se manifestou a Constituinte Benedita da Silva (PT/RJ), primeira mulher negra a entrar no Congresso Nacional e uma das fundadoras do Centro de Mulheres de Favela e Periferia do Rio de Janeiro (CEMUFJ):

Estamos levando a esta Subcomissão uma grande responsabilidade, uma responsabilidade que, até, poderíamos dizer, bem maior se tivéssemos, por exemplo, discutindo apenas o direito do homem e da mulher. Nós, nesta Subcomissão, temos garantido essa discussão específica.

#### *8.1.1.1 Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais < Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*

A Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais tinha como relator um Constituinte bastante conservador, Darcy Pozza (pelo PDS/RS, ex-ARENA)<sup>234</sup>, o que se pode observar no conteúdo do seu primeiro anteprojeto. Entretanto, após a participação da sociedade civil – por meio das audiências públicas – e dos demais

---

<sup>233</sup> Quanto à utilização do termo "minorias", a Constituinte Benedita da Silva (PT/RJ) afirmou que "não somos minoria, somos maioria que ficou até então marginalizado de todo esse processo, e que hoje, quantitativamente, não temos uma grande representação [...] Nós sabemos também que essas minorias, que envolvem desde o homossexualismo à prostituição, todos esses segmentos são marginalizados e não têm uma representação. Mas eu quero crer que todos nós aqui estamos com o propósito de fazer valer o direito de cada um desses cidadãos e dessas cidadãs" (BRASIL, 1987, p. 2)

<sup>234</sup> Era composta pelos seguintes constituintes: PMDB: Délio Braz; Antonio Câmara (2º Vice-Presidente); Antonio Mariz (Presidente); Djenal Gonçalves; Joaquim Haickel; José Mendonça de Moraes; José Viana; Lúcia Vânia; Maguito Vilela; Raul Belém. PFL: Jairo Azi; Lúcia Braga (1º Vice-Presidente); Jonival Lucas; José Mendonça Bezerra; Costa Ferreira. PDS: Darcy Pozza; Narciso Mendes; Ubiratan Spinelli. PDT: José Fernandes. PTB: Dirce Quadros. PL: José Carlos Coutinho.

constituintes titulares da Subcomissão, o anteprojeto da Subcomissão acabou incorporando avanços, tal como será apresentado a seguir.

Foram realizadas oito audiências públicas nesta Subcomissão, em que foram ouvidas/os: Jacqueline Pitanguy, Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher; Orlando Coutinho, representante da CGT-Central Geral dos Trabalhadores; José Calixto Ramos, Presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNT), sobre o tema “Direitos e Garantias Individuais do Trabalhador”; Professor Cândido Mendes, Secretário-Geral da Comissão de Justiça e Paz, Presidente do Conselho de Ciências da UNESCO, Presidente do Conjunto Universitário Cândido Mendes e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais Afonso Arinos, sobre “Os Novos Direitos Humanos”; escritor José Louzeiro, Presidente da Associação dos Escritores do Rio de Janeiro, sobre o tema “Direito Autoral”; José Antônio Rodrigues Dias, Presidente do Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Viçosa-MG, sobre “Direitos e Garantias Individuais”; Rosa Marga Rothe, sobre o tema “Movimento Nacional sobre os Direitos Humanos”; José Lopes Machado Ramos, Presidente da Associação dos Atores, sobre o tema “Violação dos Direitos dos Artistas - Direito Autoral e Conexos”; Artur Pereira Nunes, Diretor da União Brasileira de Informática Pública (UBIP), sobre o tema “A Informática e os Direitos e Garantias Individuais”, Márcio Thomas Bastos, Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; Leonor de Paiva, da OAB Mulher-RJ, sobre o tema “Direito e Garantias Individuais”; Professor Antonio Augusto Cançado Trindade, Consultor-Jurídico do Itamarati, sobre “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”; Professora Flora Abreu, do Grupo “Tortura Nunca Mais”; Doutor Carlos Roberto de Siqueira Castro, Professor de Direito Constitucional da PUC-RJ, sobre o tema “Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional”; João Antonio de Souza Mascarenhas, Diretor de Comunicação Social do grupo carioca Triângulo Rosa, sobre o tema “O Homossexual e a Constituição”; José Geraldo de Souza Júnior, Vice-Presidente da Comissão de Justiça e Paz da CNBB, sobre o tema “Instrumento de participação direta e de iniciativas populares como garantia de cidadania”; Maria Leda de Resende Dantas, Assessora do Ministério da Cultura, sobre o tema “Direitos e Garantias Individuais dos Diferentes Grupos Etários - a Questão do Idoso”; Professor Helio Santos, Presidente do Centro de Estudos Afro-Brasileiro, sobre o tema “Isonomia nos Direitos e Garantias Individuais”; Arésio Teixeira Peixoto, Presidente da Associação Nacional dos Censores Federais, sobre o tema “Censura

de Diversões Públicas”; Cyro Vidal Soares da Silva, Presidente da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, sobre o tema “Segurança Pública e os Direitos Individuais”; Pastor Estêvão Angelo de Souza, da Igreja Evangélica Assembléia de Deus, de São Luís-MA, representando a Convenção Nacional das Assembléias de Deus no Brasil, sobre o tema “Liberdade Religiosa”; Doutor Herbert Praxedes, Professor da Faculdade Fluminense de Medicina, representando a Sociedade Beneficente de Estudos de Filosofia, sobre o tema “O direito à vida deve ser respeitado desde a concepção”; Armida Bergamini Miotto, sobre “A pena e os direitos do condenado”; Modesto da Silveira, sobre “direito penitenciário”; Maria Lúcia D’Avila Pizzolante, sobre “Igualdade de oportunidades”; José do Espírito Santo, sobre “violência urbana”; Nelson Freire Terra, sobre “Dialética da diferença”; e Paulo Roberto de Guimarães Moreira.<sup>235</sup>

Houve, portanto, a participação do movimento feminista, do movimento negro e do movimento LGBT. Jacqueline Pitanguy, na condição de representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, apresentou as propostas elaboradas pelo movimento feminista, com vistas a serem assegurados e explicitados seus direitos de cidadania, em sua expressão mais ampla. Quanto ao que interessa a este trabalho – combate à discriminação e ao preconceito – os dispositivos apresentados pelo movimento feminista, foram:

Art. Homens e mulheres têm iguais direitos ao pleno exercício da cidadania nos termos desta Constituição, cabendo ao Estado garantir sua eficácia, formal e materialmente.

Parágrafo único. Ficam liminarmente revogados todos aqueles dispositivos legais que contenham qualquer discriminação relativa a sexo ou a estado civil.

Art. Todos são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos.

§ 1 Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.

§ 2 O poder público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, política, econômica e educacional (BRASIL, 21 de maio de 1987, p. 25)<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em julho de 2017.

<sup>236</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=23>. Acesso em julho de 2017.



A justificativa partia da afirmação de que as mulheres não gozam da plenitude da cidadania, quer na família, quer no trabalho, e a igualdade é indispensável para haja o pleno exercício da cidadania. Para tanto, é necessária a tutela do Estado. Quanto à criminalização, a justificativa asseverou que:

No que concerne aos problemas de raça, cor, sexo e estado civil, a chamada Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390159), acrescida pela recente Lei 7.437/85, na medida em que define práticas discriminatórias apenas como contravenção penal, não surte os efeitos desejados. Assim, a melhor forma de garantir a observância do princípio da isonomia pressupõe a definição de suas violações como crimes inafiançáveis (BRASIL, 21 de maio de 1987, p. 25)<sup>237</sup>.

Cientes, entretanto, de que a repressão criminal, por si só, não é suficiente para coibir a violação do direito à igualdade, previram a necessidade de o Estado “instituir programas específicos que possibilitem práticas educativas ressocializadoras” (BRASIL, 21 de maio de 1987, p. 25-6)<sup>238</sup>.

Leonor Nunes de Paiva, representante da OAB-Mulher do Rio de Janeiro, apresentou interessante reflexão no sentido de que, na história das Constituições brasileiras, desde o tempo do Império, havia a consagração do princípio da igualdade (“igualdade perante a lei”), o que não tinha qualquer efeito prático, na medida em que as legislações infraconstitucionais discriminavam – inconstitucionalmente – as mulheres, ao não permitirem que votassem (Código Eleitoral até 1932), por exemplo, ou ao prever a chefia da sociedade conjugal ao homem (Código Civil). Com isso, concluiu que a “mera existência do princípio da igualdade, enunciado como igualdade ‘perante a lei’ não bastou, tanto na nossa história de vida cotidiana, como na História jurídica brasileira, para resguardar a igualdade entre os sexos” (BRASIL, 27 de maio de 1987, p. 90)<sup>239</sup>, sendo necessário que se considere o preconceito em função do sexo como crime inafiançável. Além disso, propôs que a Constituição previsse o direito de petição a alguns grupos:

como os grupos ecológicos, os grupos das mulheres, os grupos dos negros, os grupos dos homossexuais, os grupos dos índios, as chamadas minorias enquanto poder e não enquanto quantidade”, para

<sup>237</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=23>. Acesso em julho de 2017.

<sup>238</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=23>. Acesso em julho de 2017.

<sup>239</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup66anc27mai1987.pdf#page=90>. Acesso em julho de 2017.

que esses grupos sejam legitimados a entrar em juízo em defesa de interesses difusos “que, na verdade, não são interesses de ‘a’, ‘b’ ou ‘c’; são interesses de toda a coletividade (BRASIL, 27 de maio de 1987, p. 90)<sup>240</sup>.

O professor de Direito Constitucional Carlos Roberto de Siqueira Castro também defendeu a pertinência de a Constituição estabelecer discriminações benignas, “verdadeiramente favoráveis à mulher, e que lhe permitam a emancipar-se, romper os grilhões da discriminação histórica de que é vítima na evolução da humanidade” (BRASIL, 27 de maio de 1987, p. 119). Apesar disso, se disse favorável ao dispositivo “todos são iguais perante a lei”. Por outro lado, opinou pela criminalização da discriminação em razão de sexo e de raça: “Será realmente uma inovação avançadíssima e que mostrará, a meu ver, da parte do Constituinte, um compromisso muito sério, muito enfático em prol da igualdade entre os seres humanos e em prol da erradicação dos preconceitos de raça e de sexo em nosso País” (BRASIL, 27 de maio de 1987, p. 120).

João Antônio de Sousa Mascaranhas, na condição de representante não só do Triângulo Rosa, mas de todas as entidades congêneres que compunham o Movimento Brasileiro de Liberação Homossexual, expôs que a reivindicação do seu movimento era simples e única: “Reivindicamos uma expressa proibição de discriminação por orientação sexual”. Destacou que o mesmo machismo que discrimina as mulheres, é o que discrimina os homossexuais. Portanto, as duas proibições deveriam aparecer juntas. E rebateu o argumento corrente de que a “orientação sexual” deveria ficar para a legislação ordinária, ao considerá-lo violador da isonomia, na medida em que significaria que “haveria vários tipos de discriminação e que alguns eram mais respeitáveis que outros, pois mereciam figurar na Constituição Federal e outros não. Seria, então, o nosso caso. Isso significaria que somos e continuaríamos a ser menos iguais que os outros” (BRASIL, 27 de maio de 1987, p. 128). João Mascaranhas concluiu sua fala de maneira bastante lúcida:

---

<sup>240</sup> “Houve uma ocasião em que um então Presidente da República declarou - e essa declaração foi publicada em todos os jornais - que “mulher e cavalo só se conhece depois que se monta”. Na verdade, houve uma ofensa; várias mulheres sentiram-se ofendidas; havia o interesse de todas nós, interesse até resguardado, mas não tínhamos instrumentos para garantir esses direitos e interesses que foram feridos. Tomamos, então, a iniciativa do direito de petição; peticionamos à autoridade em questão; não houve resposta, porque também a Constituição não previa esse dever de resposta. Recorrer ao Poder Judiciário era impossível, porque, na verdade, não havia uma pessoa determinada que tivesse sido lesionada nos seus direitos”. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup66anc27mai1987.pdf#page=90>. Acesso em julho de 2017.

Não temos a ingenuidade de imaginar que, de um momento para o outro, só o fato da inclusão, na Constituição Federal, da expressão “orientação sexual” venha fazer com que, de uma penada, a discriminação desapareça. Não, longe disso. O que queremos com isso é fazer com que o oprimido se sinta juridicamente habilitado a lutar pelo respeito dos seus direitos, nem mais, nem menos (BRASIL, 27 de maio de 1987, p. 128)<sup>241</sup>.

O Professor Hélio Santos, da Pucamp, Presidente do Conselho da Comunidade Negra em São Paulo, membro da Comissão de Estudos Constitucionais, do Centro de Estudos Afro-Brasileiros, militante do Movimento Negro Brasileiro e ex-Assessor Especial do Governador Franco Montoro, anunciou que para os negros existem apenas três caminhos de Ordem Constitucional pelos quais estão reivindicando no Congresso Constituinte: O primeiro caminho é de ordem coercitiva.

Temos de criminalizar a discriminação racial. Ninguém pode ser impedido de se realizar como pessoa, como criatura, em função da raça, de ser índio, japonês, judeu ou negro. Temos de tornar isso crime. Não pode ser um crime comum, tem de ser um crime inafiançável, senão vai ser muito barato discriminar negros, mulheres, idosos etc. Temos também de trazer esse tipo de julgamento para a Justiça Federal. Temos que dar esse status a esse tipo de crime, porque sabemos que as justiças locais são conservadoras e sofrem fortes influências do seu meio (BRASIL, 17 de junho de 1987, p. 27).

O segundo caminho é de ordem promocional.

Temos de tratar de forma desigual aqueles que são tratados, historicamente, desigualmente pela sociedade. Se igualarmos realmente e levarmos ao pé da letra essa igualdade, vamos manter secularmente diferenças acumuladas ao longo desses anos. Portanto, idosos, deficientes físicos, mulher, negro, são setores impedidos de um desenvolvimento pleno. É necessário investimento social a fim de potencializar esses setores (BRASIL, 17 de junho de 1987, p. 27).

O terceiro caminho é de ordem didático-pedagógica, pois, segundo o expositor, “é no processo educacional que se reforça a discriminação contra negro, mulher, e outros setores” (BRASIL, 17 de junho de 1987, p. 27).

A partir desses primeiros debates, o Relator elaborou, primeiro, seu anteprojeto, que, segundo relatado em seu parecer, teve em vista as colaborações dos vários segmentos da sociedade, as constituições de vários países, além das

---

<sup>241</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup66anc27mai1987.pdf#page=127>. Acesso em julho de 2017

anteriores brasileiras (entre elas as de 1891, 1934, 1946 e a atual), e a contribuição da Comissão de Estudos Constitucionais. Disse, ainda, que recebeu um total de 1.121 sugestões de normas constitucionais, de autoria dos Constituintes e que “a sua grande maioria foi acolhida no anteprojeto; outras, foram parcialmente atendidas; poucas, muito poucas, não pudemos atender, eis que não se alinharam com o tema de nosso capítulo”<sup>242</sup>.

Ao anteprojeto do relator, foram apresentadas emendas, e após sua apreciação, deu-se origem ao anteprojeto da Subcomissão. Antes de apresentar os dispositivos-chave de enfrentamento ao preconceito e à discriminação no anteprojeto da Subcomissão, há que se destacar algumas emendas sobre a matéria, apresentadas pelos constituintes diante do anteprojeto do relator.

O Constituinte Jairo Carneiro (PFL/BA) apresentou emenda pela adição de direitos de saúde à mulher:

À mulher são ainda asseguradas medidas especiais de proteção do trabalho e da saúde, inclusive pela criação de condições que permitam conjugar o trabalho com a maternidade, pela proteção jurídica e pelo apoio material e moral à maternidade e à infância, dentre outros direitos à mulher grávida e às mães.

Sob a justificativa de que proteção especial à mulher é necessária dada sua “condição humana, distinta do homem”, como a maternidade, que “justifica a inserção do dispositivo constitucional que aconselha e determina se assegure à mulher o direito e a garantia indispensável, que a consciência humana e a sociedade reclamam, sem constituir privilégio”.

O constituinte José Genoíno (PT/SP) foi além e apresentou emenda pela adição do seguinte item: “a decisão de ter ou não filhos, com a interrupção da gravidez até 90 (noventa) dias, com garantia de acesso aos anticoncepcionais e a assistência e o atendimento médico da rede de saúde pública”. Segundo anunciou em sua justificativa, a emenda “tem como objetivo mais importante evitar a morte e as graves lesões físicas que sofrem inúmeras mulheres que praticam o aborto clandestinamente”, o constituinte ainda destaca que se trata de um aspecto da luta das mulheres pela sua libertação, afirmando que a “condenação do aborto parte

---

<sup>242</sup> Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em julho de 2017.

também de uma ideologia extremamente repressiva no campo da sexualidade, fruto histórico de diversas fontes de pensamento”. O constituinte Roberto Freire (PCB/PE) também apresentou emenda pelo reconhecimento do direito ao aborto.

Treze constituintes – Anna Maria Rates (PMDB), Lucia Vania Abrão Costa (PMDB), Jamil Haddad (PSB), Sadie Hauache (PFL), Ibere Ferreira (PFL), Percival Muniz (PMDB), Augusto Carvalho (PCB), Paulo Ramos (PMDB), Sigmaringa Seixas (PMDB), Octávio Elisio (PMDB), Moema São Thiago (PMDB), Francisco Kuster (PMDB), Haroldo Saboia (PMDB) – não chegaram ao ponto de reconhecer o direito ao aborto, mas, sim, solicitaram a supressão do trecho: “Será punido como crime o aborto diretamente provocado”. Sobretudo porque levavam em consideração os casos excepcionais que ocorrem no cotidiano da vida envolvendo a mulher e que a legislação vigente no Brasil prevê casos excepcionais de aborto, como o estupro e o risco de vida.

Ainda tendo em vista a proteção especial à mulher, os Constituintes José Genoíno (PT), Fernando Henrique Cardoso (PMDB), Marcelo Cordeiro (PMDB) e a Constituinte Benedita da Silva (PT), apresentaram emenda para que fosse incluído o seguinte trecho: “a assistência à família na pessoa dos membros que a integram, competindo ao Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito destas relações”. A intenção, aqui, era de que fosse conceituada de forma diferenciada, pela primeira vez na legislação brasileira, a violência doméstica, como crime cometido no âmbito das relações de família. Sobretudo porque as práticas de violência doméstica permaneciam ocultas “pelas relações de poder estabelecidas no Código Civil, já que a chefia da sociedade conjugal seria exercida exclusivamente pelo homem”.

Quanto aos homossexuais, os Constituintes Eliel Rodrigues (PMDB) e Nyder Barbosa (PMDB) apresentaram emenda para que se suprimisse a proteção contra a discriminação por “orientação sexual”, sob a justificativa de que implicaria “incentivo constitucional ao proselitismo de minorias ativas e conseqüente propagação do homossexualismo” (Eliel Rodrigues).

Quanto à igualdade material, o Constituinte Domingos Leonelli (PMDB) apresentou emenda pela adição do trecho:

Mecanismos compensatórios promovidos pelo Estado para assegurar a igualdade social, econômica e cultural aos brasileiros de raça negra ou indígena ou a quaisquer segmentos étnicos e culturais que tenham

sido vítimas de processos históricos marginalizantes como a escravidão e o extermínio.

Sob a justificativa de que, para travar a grande batalha histórica de reintegração plena de negros e índios à vida brasileira, “não basta enunciar a promessa de igualdade”. É necessário, continua o constituinte, reconhecer a “injustiça acumulada transformada em pobreza e marginalização. E para desiguais, a desigualdade favor. E não é aos negros que a sociedade brasileira estará salvando. É a si mesma”.

Também o Constituinte Joaquim Carlos Dal Bosco Amaral (PMDB) propôs a inclusão de dispositivo que afirmasse que “a Lei poderá considerar, assim como o Juiz na sua aplicação, desigualdades biológicas, culturais ou econômicas, para proteção do mais fraco”. Sob a justificativa de que tratar os desiguais igualmente contribui para a manutenção ou ampliação das desigualdades e conclui:

A abolição de privilégios por motivo de nascimento, riqueza, de credo religioso ou político, constitui, realmente, formidável passo no sentido de tornar justas as relações sociais. Precisa, no entanto, ser completado por novos preceitos, de modo a aprimorar cada vez mais a aplicação do princípio da igualdade e, pois da Justiça.

Conforme se poderá observar no “gráfico 14”, abaixo, o anteprojeto aprovado pela Subcomissão, em 23 de maio de 1987, não reconheceu o direito ao aborto, pelo contrário, dispôs que a vida é garantida desde a sua concepção. Por outro lado, foi suprimida a criminalização do aborto. Além disso, foi suprimida a proteção à orientação sexual contra a discriminação e não há dispositivo prevendo expressamente a garantia da igualdade material.

O Anteprojeto foi encaminhado à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, onde, sob relatoria do Constituinte José Paulo Bisol (PMDB), o conteúdo foi coordenado com o das demais Subcomissões e, após novas apresentações de emendas, foi produzido o Anteprojeto da Comissão.

Dentre as emendas apresentadas na Comissão, destacam-se as seguintes: emenda apresentada pelo Constituinte Costa Ferreira (PMDB), para a inclusão de exceção à liberdade de manifestação em caso de incitamento à violência e à discriminação “por razões políticas, religiosas, filosóficas ou raça”; emenda apresentada pelo Constituinte Mario Maia (PDT), para que ficasse expressa, nas relações internacionais, a condenação, pelo Brasil, “de toda forma de discriminação racial e colonialismo, e preservação e promoção dos direitos humanos”; o Constituinte

Nelson Wedekin (PMDB) também apresentou emenda para que constasse que o Brasil não manteria relações diplomáticas com os “Estados onde, comprovadamente, sejam desrespeitados os direitos humanos, com ofensa ao princípio da não-discriminação racial, ou que hajam sido condenados pela Assembleia das Nações Unidas, por essa prática”; o Constituinte Jorge Hage (PMDB) apresentou emenda para a inclusão de dispositivo que afirmasse que os crimes sexuais são crimes contra a pessoa humana e não contra os costumes e, ainda, que no tratamento legal desses crimes não haja “distinção por motivo de sexo, orientação sexual, raça, idade, estado civil, ocupação, religião, condição mental, física ou convicções políticas”; por fim, os Constituintes Roberto Freire (PCB), Fernando Santana (PCB) e Augusto de Carvalho (PCB) apresentaram emenda para a inclusão de proteção contra a discriminação em razão de “instrução, território de origem e orientação sexual”.

O Anteprojeto da Comissão incorporou algumas dessas emendas, como se pode ver no gráfico abaixo e, após aprovado internamente na Comissão, foi encaminhado à Comissão de Sistematização, em 15 de junho de 1987.

Gráfico 14 - Fluxograma Constituinte I: Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais > Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher



Fonte: Elaborado pela autora.

Legenda: Estão grafados em “vermelho” os dispositivos que acabaram não constando do texto final da Constituição.



### 8.1.1.2 Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias < Comissão da Ordem Social

A Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias<sup>243</sup> era presidida pelo Constituinte Ivo Lech (PMDB/RS), representante do movimento das pessoas portadoras de deficiência, quem deixou claro no início dos trabalhos sua vontade de usar ao máximo das audiências públicas, de modo a “contemplar, de forma direta, de forma a mais democrática possível, todas estas minorias que estamos a discutir” (BRASIL, 1987, p. 3). De fato, assim foi feito.

Foram realizadas nove audiências públicas, em que foram ouvidos muitos expositores (ao que parece pela leitura das atas, esta Subcomissão abria a possibilidade de fala às lideranças dos movimentos sociais presentes nas respectivas reuniões, para manifestações de aproximadamente dois minutos, por isso a maior quantidade de expositores por tema em comparação com a Subcomissão anterior), a respeito dos temas: (i) “Direitos e garantias das populações indígenas”<sup>244</sup>; (ii) “Histórico do problema do índio”<sup>245</sup>, “Aspirações dos portadores de deficiência física”<sup>246</sup>; (iii) “Responsabilidade do Estado para com a pessoa deficiente”; “Deficientes mentais”; “Escolas institucionais de educação excepcional”; “Integração das pessoas portadoras de deficiência”; “Não-terminalidade do atendimento ao excepcional”; “Criação da fundação de assistência aos deficientes”; “Crianças excepcionais e a Constituinte”; “Igualdade de condições para deficientes, negros e índios”; “Filhos excepcionais”; “Proteção do Estado ao deficiente”; “Situação do excepcional no Rio Grande do Sul”; “Participação dos deficientes nas diretorias das APAEs”; “Educação física na educação especial”<sup>247</sup>; (iv) “Programa de recuperação dos alcóolicos”, “Irmandade dos AA”, “Idoso”, “Direitos dos deficientes auditivos e a Constituinte”, “Oportunidades para

<sup>243</sup> Composta pelos seguintes constituintes: PMDB: Bosco França (2º Vice-Presidente); Doreto Campanari (1º Vice-Presidente); Ruy Nedel; Hélio Costa; Ivo Lech; José Carlos Sabóia; Mattos Leão; Mauro Sampaio; Renan Calheiros. PFL: Alceni Guerra (Relator); Jacy Scanagatta; Lourival Baptista; Salatiel Carvalho. PDS: (vago). PDT: Nelson Seixas. PTB: (vago). PT: Benedita da Silva.

<sup>244</sup> Idjarruri Karajá (Superintendente para Assuntos Indígenas do Estado de Goiás) e Cacique Raoni (Xingu).

<sup>245</sup> Manuela Carneiro da Cunha, Presidente da Associação Brasileira de Antropologia.

<sup>246</sup> Paulo Roberto de Guimarães Moreira, economista, mestre em filosofia e assessor do Ministério da Cultura.

<sup>247</sup> Representantes nacionais das APAES e Pestalozzis: Elpidio Araújo Neres, Otávio Blater Pinho, Cleonice Floriano Ainberg, Sérgio Túlio Fredo, Flávio Potente Siqueira, Maria de Lourdes Creziane, Maria Consuelo Porto Gontijo, Gláucia Gomes de Oliveira Aguiar, Justino Alves Pereira, Dayse Collet de Araújo Lima, Percy Chagas Filho, Chelse Gutten, Rachid Conceição de Matos, Aldo Brito, Maria de Lourdes, Domingos José Freitas, Antônio José e Vanilton Senatore.

o deficiente auditivo”, “Prevenção e integração do deficiente auditivo”<sup>248</sup>; (v) “Negro e a sociedade”, “Democracia racial”, “Constituição e o negro brasileiro”, “Educação e poder do negro”, “Participação do negro nas decisões nacionais”, “Direitos da comunidade negra”, “Questão racial no Brasil”, “Racismo e discriminação”, “Movimento negro brasileiro”; (vi) “Direitos dos índios”, “Preservação das reservas indígenas”, “Sociedades indígenas”, “Pacto indigenista nacional”<sup>249</sup>, “Orientação sexual”<sup>250</sup>; (vii) “Superação deficiência física”, “Deficientes físicos e os meios de comunicação”, “Direito diferencial”, “Integração social dos portadores de deficiência”, “Reabilitação”, “Deficiente físico e a sociedade brasileira”, “Talassemia”, “Estomizados”<sup>251</sup>; (viii) “Direitos dos deficientes visuais”, “Discriminação do deficiente visual”, “Educação especial”, “Unidade cultural”, “Racismo”, “Isonomia de vagas em empresas públicas para trabalhadores negros”, “Discriminação racial”, “Cultura negra”, “Questão negra” (falas analisadas a seguir); (ix) “Aldeia Gorotire”, “Índio e a cidadania”, “Democratização da relação entre Estado e povos indígenas”, “Demarcação de terras”, “Território de Roraima”, “Comunidade indígena”, “Estatuto do índio”, “Direitos trabalhistas para os trabalhadores domésticos”, “Direitos da população indígena”, “Presos e sistema carcerário”, “Direito dos presos”, “Direitos humanos”, “Preconceito de raça e religião”, “Proteção à saúde do índio”<sup>252</sup>.

Como se pode perceber, sobre a questão indígena, falaram os próprios índios de diferentes grupos, antropólogos e indigenistas; sobre a questão racial, falaram personalidades e lideranças de movimentos e organizações vinculados à raça. A respeito dos portadores de deficiência, física ou mental, manifestaram-se, em grande número, eles próprios, especialistas, personalidades e organizações de atuação em diferentes áreas de portadores de deficiência. As audiências ainda contaram com a

<sup>248</sup> Expositores: José Washington Chaves, Maria Leda de Resende Dantas, Célia Maria Ignatios Nogueira, Gilson Tostes Borba, Ana de Souza Campello, Tereza Cristina Lago Barbosa Silveira, João Carlos Correia Alves e José Rinaldi.

<sup>249</sup> Erwin Krauten, Carlos Marés, Vanderlino Teixeira de Carvalho, Manuela Carneiro da Cunha, Mércio Gomes.

<sup>250</sup> João Antônio de Souza Mascarenhas.

<sup>251</sup> Paulo Roberto de Guimarães Moreira, Messias Tavares de Souza, Marcelo Rubens Paiva, Rosângela Bermann, Cândido Pinto de Melo, Alberto Nogueira, Antônio Maroja Limeira, Humberto Pinheiro, Benício Tavares da Cunha, João Batista Ribas, Francisco Carlos Kuneski, Jean Carlos reinert, José Gomes Blanco, João Batista de Oliveira, Cláudio Vereza, Neusa Callassine, Bruno Giularri, Francisco Augusto Vieira Nunes e Marcos Motta.

<sup>252</sup> Pangran Uberkran-Grern, Estevão Carlos Taukane, Nelson Sarkura, Gilberto Macuxi, Davi Yanomami, Kromare Metotire, Pedro Cornélio Seses Kaingang, Valdomiro Terena, Hamilton Kauná, Antônio Apurinã, Nair Jane, Airton Jane, Airton Krenak, Afonso Pastore, José de Aquino Batista, Jorge Reis dos Santos, Maria Rita Freire Costa, Eduardo Viveiros de Castro, Abraham Luowenthal e Manoel Cesário.

participação da Associação de Alcoólicos Anônimos (AAA), de idosos, de crianças e adolescentes, de homossexuais (através da entidade Triângulo Rosa), de talassêmicos, de hansenianos, de ostomizados, da Pastoral Carcerária, de hemofílicos, de empregadas domésticas e da Confederação Israelita do Brasil (COELHO, 2009 *apud* PIRES, 2016).

Na audiência pública dedicada à questão racial falou, primeiro, a antropóloga, Lelia de Almeida Gonzales, Professora do Departamento de Sociologia da PUC, membro do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Vice-Presidente da Associação Internacional do Festival Pan-Africano da Arte e Cultura, do Conselho Diretor da Sociedade Internacional para o Desenvolvimento, Membro do MUDAR (Mulheres para um Desenvolvimento Alternativo), e Membro do Conselho Deliberativo do Memorial Zumbi, além de Militante do Movimento Negro. Lelia procurou demonstrar, a partir de dados do censo de 1980, que a sociedade brasileira ainda é hierárquica e, portanto, injusta: “No que diz respeito ao acesso aos melhores salários nas diferentes profissões, vamos encontrar a relação hierárquica e no primeiro plano está o homem branco, abaixo a mulher branca, em seguida o homem negro e, finalmente a mulher negra” (BRASIL, 20 de maio de 1987, p. 121). Quanto às propostas, ressaltou que estavam com a representante do movimento na Constituinte – Benedita da Silva (PT).

Em seguida, falou Elena Teodoro, Doutora em Filosofia, Mestre em Educação, Professora de Pós-Graduação e Didática do Ensino Superior da Universidade Gama Filho, membro da Sociedade dos Estados da Cultura Negra no Brasil, Coordenadora da Comissão Especial de Cultura Afro-Brasileira do Município do Rio de Janeiro, e militante do Movimento Negro. Elena iniciou diferenciando a violência institucionalizada, a interpessoal e a simbólica, procurando demonstrar que é desta violência latente, “que agride com o olhar”, que os negros sofrem no Brasil, “é a violência da discriminação, a violência do racismo e é uma violência difícil de ser detectada objetivamente” (BRASIL, 20 de maio de 1987, p. 124). O seu foco para enfrentar esta realidade foi colocado na educação, na inclusão nos currículos escolares da história do negro; assim como no tratamento igualitário entre os cultos afro-brasileiras, católicos e protestantes. Afinal, conclui a expositora:

Não se mudam os hábitos de um povo só pela Constituição. Por isso essa dimensão de luta nossa, por isso que nós temos que lutar por uma mudança de educação na escola, uma mudança na família, na comunidade, porque ninguém vai deixar de ser racista por causa de

uma lei que diz que ele vai ser preso se ele for racista (BRASIL, 20 de maio de 1987, p. 124).

Após as expositoras, falaram, por aproximadamente dois minutos, lideranças de diversas entidades do movimento negro: Maria das Graças dos Santos, representante do Movimento Negro Unificado falou sobre o “Mito da Democracia Racial”; Lídia Garcia Melo, representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros (CAEB), sobre “A Questão da Educação e o Poder do Negro”; Murilo Ferreira, representantes da Fundação Afro-Brasileira do Recife, sobre a “Constituição e o Negro Brasileiro”; Orlando Costa, do Instituto Nacional Afro-Brasileiro (INABRA), sobre a “Participação do Negro nas Decisões Nacionais”; Mauro Paré, da Fundação Sangô (RS), sobre “Os Direitos da Comunidade Negra”; Januário Garcia, representante do Instituto de Pesquisa da Cultura Negra (IPCN); Lauro Lima dos Santos Filho, psicólogo, professor da Associação do Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF) e conselheiro do Memorial Zumbi, sobre tornar dia 20 de novembro o “O Dia Nacional da Consciência Negra”; Paulo Roberto Moura, assessor parlamentar, sobre “Igualdade de Direitos-Privilégios”; Natalino Cavalcante de Melo, conselheiro do INABRA, sobre tornar o crime de racismo inafiançável; Raimundo Gonçalves Santos, Presidente do Núcleo Cultural de Girocan da Bahia, sobre “Racismo”; Lino de Almeida, Coordenador do Conselho das Entidades Negras da Bahia, sobre “O Movimento Negro Brasileiro”; Marcélia Campos Domingos, representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros, sobre “Processo Educacional”; e, Waldemiro de Souza, Presidente do Centro de Estudos Afro-Brasileiros (CEAB), sobre “O Homem e as suas Questões” (BRASIL, 20 de maio de 1987).

João Antonio de Sousa Mascarenhas, Diretor de Comunicação Social do Grupo Carioca de Liberação Homossexual Triângulo Rosa, também se pronunciou nesta Subcomissão, onde reiterou a reivindicação do movimento homossexual, no sentido de que seja incluída na Constituição a expressa proibição de discriminação por orientação sexual.

A Subcomissão concluiu seus trabalhos com a aprovação de seu anteprojeto em 25 de maio de 1987. Composto por 33 artigos, o anteprojeto era dividido em 5 seções: “Negros”, “Populações Indígenas”, “Pessoas portadoras de deficiência”, “Minorias”<sup>253</sup> e “Eficácia Constitucional”. No que tange à promoção da igualdade e ao

---

<sup>253</sup> Os artigos aqui contidos tratavam de religião, convicções políticas e presidiárias e presidiários.

combate à discriminação e ao preconceito, conforme se apresentará no “fluxograma 2” a seguir, foram combinadas medidas afirmativas, transformativas e repressivas.

Está certo que o anteprojeto procurou enfrentar a “discriminação de qualquer espécie”. Mas, sabendo que esta proteção genérica não é suficiente, optou-se por estabelecer proteção específica a determinadas identidades sociais, quais sejam: “nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social”. A criminalização estava colocada em dois momentos: na introdução da lei, de forma genérica, dizendo que a lei punirá “como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos” (art. 2º); e na seção dos “negros”, em que estava disposto que “constitui crime inafiançável subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos, raciais ou de cor, ou pessoas pertencentes aos mesmos, por meio de palavras, imagens ou representações, através de quaisquer meios de comunicação” (art. 3º).

Outro dispositivo digno de nota era o que dispunha que

Art. 8º. O país não manterá relações diplomáticas e não firmará tratados, acordos ou convênios com países que desrespeitem os direitos constantes da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu Território (BRASIL, 1987).

O trabalho desta Subcomissão foi encaminhado à Comissão da Ordem Social<sup>254</sup>, a qual, a partir dos anteprojetos das suas três Subcomissões, aprovou, em 12 junho de 1987, seu anteprojeto de Constituição. Composto por 120 artigos, o anteprojeto era dividido em dois títulos: (I) “Da ordem social”, composto pelos capítulos “dos trabalhadores e servidores públicos”, “da seguridade social” e “dos negros, das minorias e das populações indígenas”; e (II) “Do meio ambiente”.

---

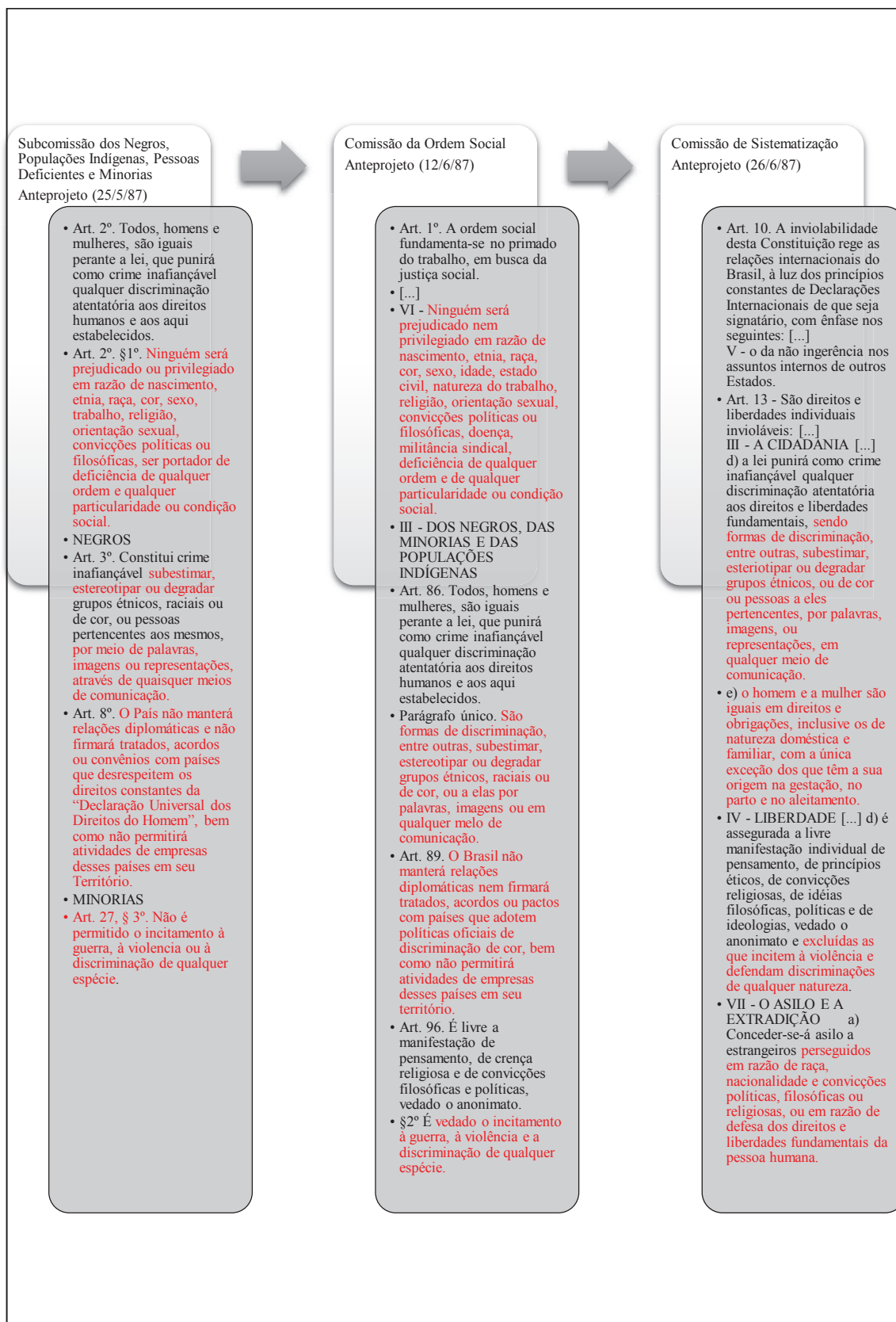
<sup>254</sup> Composta pelos seguintes constituintes: PMDB: Almir Gabriel (relator); Alarico Abib; Borges da Silveira; Bosco França; Carlos Cotta; Carlos Mosconi; Célio de Castro; Domingos Leoneli; Doreto Campanari; Ruy Nedel; Eduardo Moreira; Fábio Feldmann; Francisco Kuster; Paulo Macarini; Geraldo Alckmin; Geraldo Campos; Hélio Costa (1º Vice-Presidente); Ivo Lech; João Cunha; Joaquim Sucena; Jorge Uequed; José Carlos Sabóia; Julio Costamilan; Mansueto de Lavor; Mário Lima; Mattos Leão; Mauro Sampaio; Max Rosenmann; Raimundo Rezende; Renan Calheiros; Ronaldo Aragão; Ronan Tito; Teotônio Vilela Filho; Vasco Alves. PFL: Alcení Gerra; Dionísio Dal-Prá; Edme Tavares (Presidente); Gandi Jamil; Francisco Coelho; Jacy Scanagatta; João da Matta; Júlio Campos; Levy Dias; Lourival Batista; Maria de Lourdes Abadia; Orlando Bezerra; Osmar Leitão; Salatiel Carvalho; Stélio Dias. PDS: Adylson Motta (2º Vice-Presidente); Cunha Bueno; Osvaldo Bender; Wilma Maia. PDT: Floriceno Paixão; Juarez Antunes; Nelson Seixas. PT: Benedita da Silva; Eduardo Jorge; Paulo Paim. PL: Oswaldo Almeida. PDC: Roberto Ballestra. PC do B: Edmilson Valentim. PCB: Augusto Carvalho.

Quanto ao capítulo que interessa a este trabalho, o anteprojeto apresentou a seguinte justificativa:

DAS MINORIAS. No capítulo III articulam-se as propostas iniciais tendentes a assegurar efetivo reconhecimento social e político para segmentos da população agora desprovidos dos meios mínimos requeridos pela cidadania. Não se pretende conferir-lhes privilégios de qualquer natureza. Visa-se a prover a família brasileira, entendida na sua dimensão mais abrangente e solidária, de todos os instrumentos capacitadores do seu acesso aos bens e serviços decorrentes do progresso técnico e científico aplicado a economia. Mais uma vez, a preocupação germinal é a de prover, na realidade, a equidade de todos os brasileiros – não apenas perante a lei, senão também e principalmente, perante a realidade viva, concreta (BRASIL, 1987, p. 5).

O anteprojeto da Comissão da Ordem Social mantém, em grande medida, as propostas encaminhadas pela Subcomissão de “Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”, conforme se poderá perceber do gráfico abaixo. Em sua última coluna está indicado como os dispositivos ficaram no anteprojeto da Comissão de Sistematização, que é analisado no próximo tópico. Para acompanhar esses dispositivos nos documentos produzidos posteriormente, indica-se a leitura do “gráfico 16”, bem como do Anexo I desta tese, que traz as Quadros produzidas por João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos e João Rafael Nicola, por ocasião da pesquisa “A gênese do texto da Constituição de 1988” (2013), a qual apresenta quadros comparativos entre os textos, a partir do 1º Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização até a publicação no Diário Oficial da União.

Gráfico 15 - Fluxograma Constituinte II: Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias



Fonte: Elaborado pela Autora.

Legenda: Estão grafados em "vermelho" os dispositivos que acabaram não constando do texto final da Constituição.

### 8.1.1.3 Comissão de Sistematização e Etapa de Plenário

A Comissão de Sistematização foi instalada em 9 de abril de 1987, para a compatibilização das matérias aprovadas nas Comissões Temáticas. A partir dessa etapa, foram produzidos quatro documentos distintos: (i) o anteprojeto de Constituição; (ii) o projeto de Constituição; (iii) o 1º Substitutivo e o (iv) 2º Substitutivo; todos de autoria do Relator da Comissão, o Constituinte Bernardo Cabral (pelo PMDB/AM).

Dez dias após receber os anteprojetos das Comissões Temáticas, o Relator apresentou o Anteprojeto de Constituição, em 26 de junho de 1987, em que se dedicou a agrupar as propostas das Comissões e harmonizar seus conteúdos.

Segundo este anteprojeto, a Constituição seria composta por 501 artigos, divididos em 10 Títulos: (I) “Dos princípios fundamentais”; (II) “Dos direitos e liberdades fundamentais”; (III) “Das garantias constitucionais”; (IV) “Da organização do Estado”; (V) “Da organização dos poderes e sistema de governo”; (VI) “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”; (VII) “Da tributação e do orçamento”; (VIII) “Da ordem econômica e financeira”; (IX) “Da ordem social”; (X) Disposições transitórias.

Quanto aos dispositivos objeto de análise, a única alteração digna de nota foi a supressão do dispositivo (art. 89) que impedia o Brasil de manter laços internacionais com países racistas. Segundo entendimento do Relator, este dispositivo estava colidindo com a norma do anteprojeto (art. 10, V) que determinava, nas relações internacionais, o princípio da “não ingerência nos assuntos internos de outros Estados”. Assim como também deixou de haver um capítulo próprio para “Negros, minorias e populações indígenas”, tal como havia no anteprojeto da Comissão, havendo tão-somente “do índio”.

O Anteprojeto de Constituição foi objeto de emendas na própria Comissão de Sistematização e, após apreciação, o Relator Bernardo Cabral apresentou o Projeto de Constituição em 9 de julho de 1987. Das emendas apresentadas, destacam-se – para os fins deste trabalho – as seguintes: (i) O Constituinte Virgílio Guimarães (PT) e a Constituinte Benedita da Silva (PT) apresentaram emenda solicitando a substituição – no art. 13, III, “f” – da expressão “comportamento sexual” pela



expressão “orientação sexual”, emenda acolhida pelo relator; (ii) por outro lado, os Constituintes Eliel Rodrigues (PMDB), Costa Ferreira (PFL), Nilson Gibson (PMDB), Enoc Vieira (PFL), Farabulini Júnior (PTB) apresentaram emenda pela supressão da expressão “comportamento sexual”<sup>255</sup>, o que não foi acolhido neste momento, mas como se verá, acabou ficando de fora do texto final da Constituição; (iii) O Constituinte Paulo Mincarone (PMDB), e as Constituintes Benedita da Silva (PT), Lúcia Braga (PFL), Anna Maria Rattes (PMDB) e Wilma Maia (PDS) solicitaram a adição, dentre os princípios da legislação desportiva, da “garantia de tratamento e oportunidades iguais no disposto, independente de sexo, etnia, cor, idade e deficiências físicas”<sup>256</sup>, emenda não acolhida; (iv) a Constituinte Sandra Cavalcanti (PFL) apresentou emenda pela reinclusão da disposição de que: “o Brasil não manterá relações diplomáticas nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação de cor, bem como não permitirá atividades de empresas destes países em seu território”<sup>257</sup> e (v) a Constituinte Benedita da Silva (PT) apresentou emenda visando a unificar – no Capítulo VIII do Título IX (“Ordem Social”), passando a

---

<sup>255</sup> As justificativas para tanto basearam-se em argumentos bíblicos e de moral e bons costumes, a saber: “inserir, entre os direitos e liberdades fundamentais, os homossexuais, é a mesma coisa que admitir-se o joio o meio do trigo. Não se trata da necessidade de respeito a uma característica normal do ser humano, como a cor, o sexo, a raça, etc, ou a um aspecto de convicção política ou ideológica, e sim uma deformação de ordem moral e espiritual, reprovável sob todos os pontos de vista genuinamente cristãos. Não se provoca a ira de Deus impunemente” (Constituinte Eliel Rodrigues); “a existência de elementos com comportamento sexual anormal em inúmeras instituições irão contribuir para a quebra ou queda do respeito e da disciplina” (Constituinte Nilson Gibson); “A expressão referida, a continuar no texto da Constituição, ao invés de favorecer uma minoria de homossexuais, permitirá a degeneração moral e dos bons costumes” (Constituinte Enoc Vieira); “desde que conste como garantia constitucional [o comportamento sexual] levará ao exagero as manifestações de cidadãos que teimam aparecer em público para assumir ostensivamente homossexualidade [...] Na verdade os grandes centros estão lotados de ‘travestis’ que têm por escopo promover nas praças e nas avenidas ‘carnaval continuado’, comportamento descabido, cuja liberdade aceitamos plenamente, mas temos também que defender a liberdade dos demais e por isso entendemos não manter na Constituição brasileira nada capaz de estimular a expressão corporal que possa transformar em ‘circo público’ inconveniente ao bem estar e a tranquilidade da população, certos comportamentos de minorias. Também não se pode retirar à sociedade o direito à crítica e não se pode também dar ao homossexual a garantia de ‘promover-se’ em nome de sua preferência sexual” (Constituinte Farabulini Júnior).

<sup>256</sup> “Entendemos que neste princípio constitucional também deve estar explícito a eliminação de todas as formas de discriminação, as quais permanecendo continuarão a dificultar a convivência social e possibilidades organizativas da população” (Constituinte Benedita da Silva).

<sup>257</sup> A emenda resgata o art. 89 do anteprojeto da comissão da ordem social, e que não constou no projeto apresentado pelo relator. “o dispositivo em questão atende a legítima e histórica reivindicação da comunidade negra brasileira e das populações negras de outros países, que, com justa razão, vêem no preceito forma eficiente para levar os países que oficializam a discriminação racial a renunciar a tal política. Por outro lado, constata-se historicamente que a condenação diplomática da discriminação jamais surtiu este efeito. Por isso, propõe-se a recuperação do dispositivo, que colocará o Brasil na vanguarda dos países que adotam medidas efetivas para combater o racismo” (Sandra Cavalcanti).

denominá-lo “Do Negro, das Minorias e dos Indígenas” – os dispositivos acerca da proteção de valores culturais das diferentes etnias. Esta emenda foi rejeitada sob o argumento de que “consolidar num conjunto próprio os dispositivos referentes aos negros e às demais minorias representa orientação que tende a fortalecer a discriminação de que tais categorias são vítimas”, com isso o relator preferiu deixar os dispositivos referentes a esses grupos sociais distribuídos “pelas Seções nas quais estejam sendo tratadas as matérias correlatas”.

Após apreciação das emendas, o Projeto é apresentado com a mesma organização sistemática do Anteprojeto, só que os artigos foram reduzidos para 496. Quanto aos dispositivos em análise, não houve mudança relevante, é possível compará-los no “Fluxograma 3” abaixo.

O Projeto foi submetido a emendas no Plenário por parte dos Constituintes, mas também por parte das cidadãs e dos cidadãos, que podiam apresentar Emendas Populares. Inclusive, conforme anunciou o relator, “a apresentação de 20.770 emendas, e de 83 emendas populares deram uma exata visão do engajamento, tanto dos representantes do povo como dos próprios representados, no incipiente processo democrático em nosso país” (1987, p. 3). Na verdade, foram apresentadas 122 Emendas Populares, mas 83 foram admitidas segundo as regras regimentais.

Destacam-se as seguintes emendas dos Constituintes: (i) os Constituintes Eliel Rodrigues (PMDB), Antonio de Jesus (PMDB), Farabulini Júnior (PTB), João de Deus Antunes (PDT), Daso Coihbra (PMDB), novamente apresentaram emenda pela supressão da expressão “orientação sexual”<sup>258</sup>, neste momento acolhida; (ii) a Constituinte Sandra Cavalcanti (PFL) apresentou emenda pela adição ao art. 245, de novo parágrafo, dispondo que: “Os Estados, os Municípios, os Territórios e o Distrito

---

<sup>258</sup> As justificativas mantêm-se na ideia de que se trata de uma anomalia sexual, que a Constituição estaria “institucionalizando a permissividade” (Antonio de Jesus) e que era necessário preservar a moral e os bons costumes. Ainda “a inserção do referido termo [orientação sexual] [...] é oficializar o homossexualismo como prática normal à vida do cidadão [...] a continuar como está, e se as novas aberturas forem dadas, breve teremos a oficialização do casamento de homossexuais legalizado” (Eliel Rodrigues); “Nota-se a tentativa de se fazer crer que há discriminação sobre os chamados homossexuais. Nunca houve. Eles estão em todos os lugares, em todos os setores da sociedade. Há, isto sim, repressão em cima dos chamados travestis. O que se procura é defender a sociedade de fatos degradantes que certamente virão a ocorrer caso venhamos a abrir esta porta para a imoralidade, a falta de pudor, e tantas aberrações que certamente ocorrerão diante de nossos olhos [...] nós queremos é que sejam preservados os últimos resquícios de vergonha e moral que ainda existem nos homens de bem. Nada de bom teremos na legalização de tais grupos pervertidos” (João de Deus Antunes); “fiel aos princípios bíblicos que se elevam acima de todo e qualquer outro princípio, vejo que a supressão daquela expressão é algo que se impõe como necessário e moralmente exigível” (Daso Coihbra).

Federal ampliarão a sua rede de Delegacias Especiais para a Mulher, que deverão ter, prioritariamente, como titulares e pessoal especializado, Delegadas e policiais femininas”<sup>259</sup>; (iii) os Constituintes Mendes Botelho (PTB) e Ricardo Izar (PFL) apresentaram emenda para retirar a previsão expressa de compensação para a igualdade material no art. 12, III, “f”<sup>260</sup>; (iii) o Constituinte Nelson Wedelin (PMDB) apresentou emenda para acrescentar ao art. 7º, parágrafo dispondo que o Brasil não manterá relações diplomáticas “com os Estados onde, comprovadamente, sejam desrespeitados os direitos humanos, com ofensa ao princípio da não discriminação racial, ou que hajam sido condenados pela Assembleia das Nações Unidas, por essa prática”; (iv) o Constituinte Francisco Pinto (PMDB) apresentou emenda para suprimir do preâmbulo a expressão “sem distinção de raça, cor, procedência, religião ou outra...”<sup>261</sup>; (v) o Constituinte Florestan Fernandes (PT) apresentou emenda visando a tornar a enumeração do art. 372, VI, mais precisa e completa, da seguinte forma: “superação das desigualdades e discriminações nacionais, regionais, de classes, étnicas, raciais e religiosas”<sup>262</sup>; (vi) Florestan Fernandes (PT) também apresentou novamente emenda para garantir direito ao aborto à mulher<sup>263</sup>; (vi) a Constituinte Myriam Portella (PDS) apresentou emenda para adicionar “sexo” no art. 12, III<sup>264</sup>; e

---

<sup>259</sup> Justificativa: “o sucesso alcançado até hoje com a implantação das Delegacias Especiais para a Mulher, com titulares Delegadas do sexo feminino e com corpo policial feminino, especializado, merece ser consagrado no texto constitucional, como uma das importantes conquistas sociais e jurídicas, da mulher brasileira”.

<sup>260</sup> Justificativas: “a possibilidade de compensação prevista no texto do projeto contraria o próprio princípio da igualdade, na medida em que confere ao próprio Estado poderes para discriminar” (Mendes Botelho); “a premissa maior extraída do texto em exame (art. 12, III, “f”) é impedir ‘privilegiados’ ou ‘prejudicar’ alguém, nos casos que especifica. Desnecessária é a preocupação de colocar-se as ‘ressalvas’, que mais se afiguram à reparação de injustiças, cuja avaliação deve ser objeto de exame e decisão, em cada caso, pelo Poder Judiciário. São premissas menores, que não se ajustam em norma constitucional” (Ricardo Izar).

<sup>261</sup> Sob a justificativa de que seria “inócua, rebarbativa e desnecessária” (Francisco Pinto).

<sup>262</sup> Sob a justificativa de que “a palavra ‘social’ ficava ambígua, no texto, e deveria ser substituída por classe. De outro lado, existem discriminações étnicas [...] e discriminações raciais”.

<sup>263</sup> “A mulher tem o direito de conceber, evitar a concepção ou interromper a gravidez indesejada, até 90 (noventa) dias de seu início. Compete ao Estado garantir este direito através da prestação de assistência integral às mulheres na rede de saúde pública. § único – serão respeitadas as convicções éticas e religiosas individuais”. Sob a justificativa de que “o direito ao corpo e à liberdade de concepção inscreve-se entre os direitos fundamentais da mulher. Não se pode, por motivos religiosos, convicções éticas ou por preconceitos, cassar esse direito da mulher” (Florestan Fernandes).

<sup>264</sup> “O objetivo [...] é explicitar a punição pela discriminação na forma de subestimação, estereotipia ou degradação contra a mulher, que ocupa substancial espaço e tempo nos meios de comunicação” (Myriam Portella).

(vii) a Constituinte Moema São Thiago (PDT) apresentou emenda para substituir a expressão “todos” por “homens e mulheres”<sup>265</sup>.

Das 83 Emendas Populares, as quais recolheram mais de 12 milhões de assinaturas, 3 tinham temática relativa aos direitos da mulher e 1, de negros. Neste momento, não foram apresentadas emendas pelos direitos da população LGBT. Os dispositivos sugeridos não fogem muito do que foi proposto pelas/os Constituintes em Plenário. Por exemplo, as entidades Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, União de Mulheres de São Paulo e o Grupo de Saúde Nós Mulheres do Rio (subscrita por 32.995 eleitoras e eleitores e com o apoio de várias outras entidades) apresentaram Emenda Popular sobre a saúde da mulher e o direito ao abortamento. Por outro lado, as entidades “Seicho-no-ie para a América Latina”, “Seicho-no-ie do Brasil” e “Cardeal-Arcebispo de São Paulo”, apresentaram emenda para a proteção da vida desde a concepção, contra o direito ao aborto, que acabou sendo acolhida.

Ainda, as entidades Rede Mulher (SP), Serviço de Informação da Mulher (MS) e SOS – Corpo (PE) apresentaram emenda (subscrita por 42.444 eleitoras e eleitores e com apoio de outras entidades associativas) sobre os “Direitos da Mulher”, formulada a partir de uma síntese do projeto “Nós e a Constituinte”, produzido por centenas de grupos de mulheres de todo o país. Dentre os direitos que se pretendia ver reconhecidos, destacam-se os seguintes (que dizem respeito ao preconceito ou discriminação):

Todos são iguais perante a lei. Homens e Mulheres possuem a mesma dignidade pessoal e social, não podendo ser prejudicados, privilegiados ou tratados de forma discriminatória por ato de qualquer natureza, em razão de nacionalidade, raça, cor, sexo, religião, convicção política ou filosófica, deficiência física ou mentas, idade, grau de instrução, atividade profissional, estado civil, classe social e condição de nascimento.

São direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras:

I – proibição de diferença de salário e de critério de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil.

É assegurada a assistência médica e psicológica à mulher vítima de violência sexual.

---

<sup>265</sup> “A melhor explicitação teve o objetivo de inserir no texto constitucional, de forma explícita, o propósito de eliminar discriminações e cerceamentos incompatíveis com a plena garantia dos direitos individuais. No Brasil, historicamente, às mulheres foi atribuída uma cidadania ‘menor’, circunscrita ao universo doméstico. Cerceadas até no direito de ir e vir, as mulheres brasileiras não gozam da plenitude da cidadania, quer no trabalho, quer na família” (Moema São Thiago).

A justificativa apresentada por essas entidades dá conta de que a disposição já vigente na Constituição “todos são iguais perante a lei”, “não assegura instrumentos para garantir essa mesma igualdade, relativamente aos direitos da mulher e, por igual, nas relações entre homens e mulheres” (vol. 231, p. 20). Ainda,

Na sociedade brasileira, a maioria das mulheres sofre ampla opressão enquanto participantes dos setores populares e enquanto mulher. É por essa razão que, como cidadãos, lutamos pelo direito à terra, ao trabalho, à moradia, à educação, saúde, transporte, lazer e segurança, particularmente através das reformas agrária, urbana e administrativa do Estado. Concomitantemente, lutamos pela extinção de todo tipo de discriminação em todas as formas nas quais se materializam, em particular contra a subordinação da mulher ao homem. Essa subordinação se manifesta através da discriminação nos salários e nas condições de acesso ao trabalho, na falta de serviços para atender à mulher na sua condição de reprodutora biológica da espécie humana: assistência à maternidade e à criança. Manifesta também através da inferioridade da mulher em relação ao homem na partilha das responsabilidades do lar e no cuidado dos filhos e em relação à participação social e política.

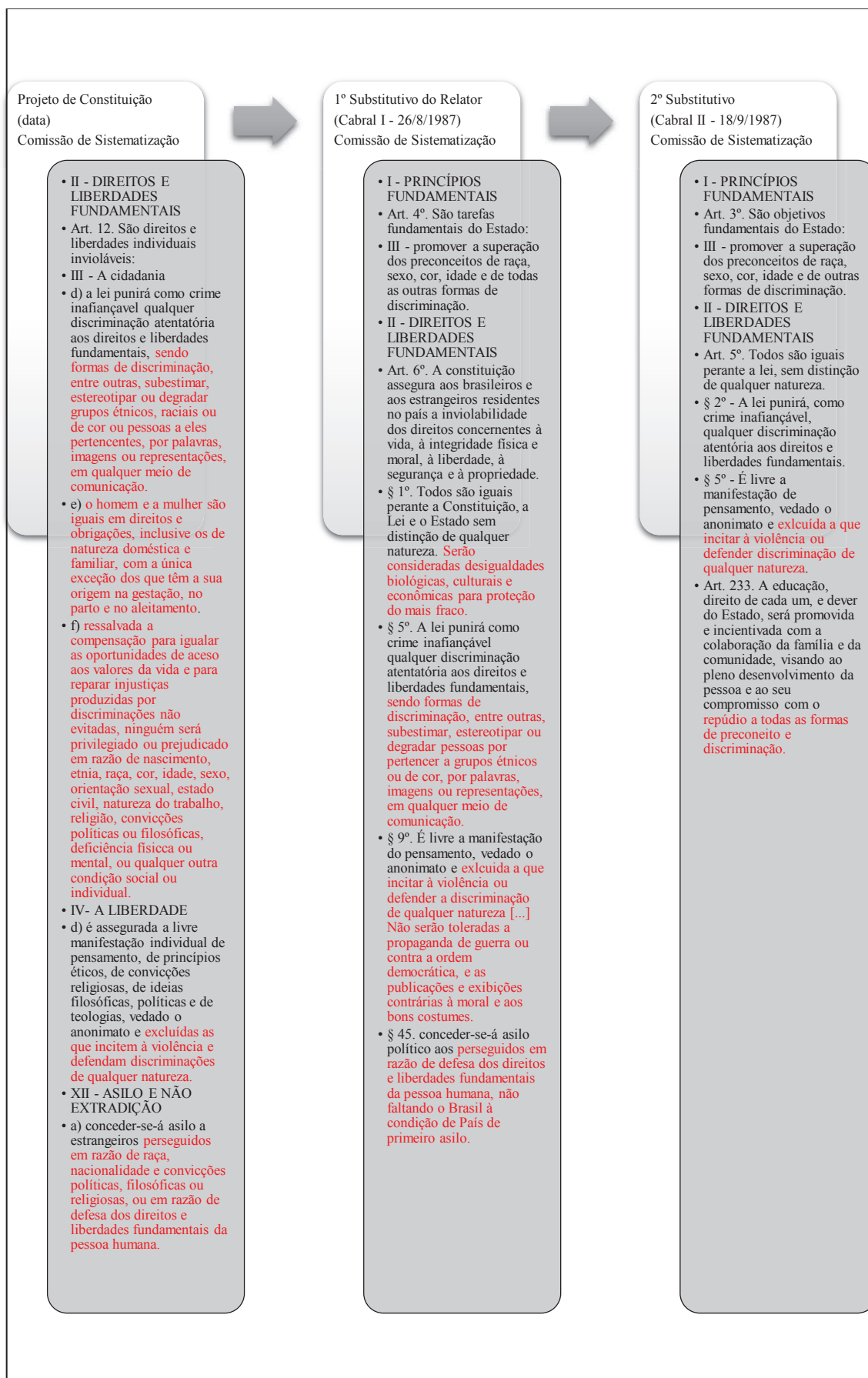
O Movimento Negro Unificado – em parceria com o Movimento de Defesa dos Favelados e da Comissão Justiça e Paz – apresentou Emenda Popular para a garantia constitucional da Escola Comunitária.

A partir disso, o Relator passou à elaboração do 1º Substitutivo do Projeto de Constituição, que foi apresentado em 26 de agosto de 1987. Este 1º Substitutivo manteve a mesma organização em 10 títulos, com mais uma redução para 374 artigos (sendo 69 deles referentes às Disposições Transitórias). No parecer, o relator informou que não considerou as emendas populares, pois a defesa oral ainda não havia sido realizada, deixando a apreciação para o parecer do 2º Substitutivo.

Quanto aos dispositivos analisados, o 1º Substitutivo apresentou retrocessos: (i) não há mais referência à “orientação sexual”, como circunstância especialmente protegida da discriminação; (ii) não há mais referência expressa à promoção por parte dos entes públicos de medidas compensatórias e afirmativas, apesar de que ainda há a previsão de que “serão consideradas desigualdades biológicas, culturais e econômicas para proteção do mais fraco” (art. 6º, § 1º). Por outro lado, houve uma inclusão interessante no Título I – “Dos princípios fundamentais”, no art. 4º, III, onde se afirma ser “tarefa fundamental do Estado”, “promover a superação dos preconceitos de raça, sexo, cor, idade e de todas as outras formas de discriminação”.

Ao 1º Substitutivo foram apresentadas novas 14.320 emendas de Constituintes e, ainda, após apreciação das Emendas Populares, o Relator apresentou seu 2º Substitutivo, em 18 de setembro de 1987. O texto foi reduzido para 9 títulos e 336 artigos (sendo 72 deles do Título das Disposições Transitórias). Este substitutivo trouxe retrocessos importantes para a matéria em análise, como se poderá ver no gráfico abaixo.

Gráfico 16 - Fluxograma Constituinte III: Etapa da Comissão de Sistematização



Fonte: Elaborado pela autora.

Legenda: Estão grafados em “vermelho” os dispositivos que acabaram não constando do texto final da Constituição

A referência à igualdade passou a ser tratada de forma universal e genérica, sem referência especial às circunstâncias (como sexo, raça e orientação sexual) que levam às desigualdades de fato. Foi suprimida a explicação “sendo formas de discriminação, entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar pessoas por pertencer a grupos étnicos ou de cor, por palavras, imagens ou representações, em qualquer meio de comunicação”.

A partir das emendas apresentadas ao 2º Substitutivo, foi elaborado o “Projeto de Constituição A”, remetido em novembro de 1987 para a Mesa da Assembleia Nacional Constituinte, para ser votado em Plenário. De acordo com as normas regimentais vigentes, o texto-base da Constituição estaria pronto. Entretanto, nesse momento houve uma “rebelião conservadora” (SILVA, 2013, p. xxv) do autodenominado “Centrão” contra o Projeto de Constituição que estava sendo aprovado pela Comissão de Sistematização, muito progressista para o gosto deles. Não vendo meios de alterá-lo no Plenário, movimentaram-se para promover alteração do Regimento Interno<sup>266</sup>, de modo a, entre outras coisas, permitir apresentação de Substitutivo integral ao projeto em Plenário.

Após a reforma do Regimento Interno, teve início a Etapa de Plenário para a qual eram previstos dois turnos. O 1º Turno iniciou-se com a apresentação de emendas ao Projeto A, no dia 7 de janeiro de 1988, e finalizou com a entrega do Projeto B pelo Relator, Bernardo Cabral, no dia 5 de julho de 1988. Foram apresentadas 2.045 emendas ao Projeto A. No dia 5 de julho de 1988, o Relator, Bernardo Cabral, entregou o Projeto B ao Presidente da ANC, encerrando, assim, o 1º Turno em Plenário

O 2º Turno iniciou-se com a apresentação de emendas ao Projeto B, no dia 7 de julho de 1988, com o prazo de cinco dias para a apresentação de emendas ao Projeto B, e finalizou com a votação em Plenário, no dia 2 de setembro de 1988. No 2º Turno, em teoria, só seriam permitidas “emendas supressivas, além de outras

---

<sup>266</sup> As alterações definiram: “1) o direito de apresentar substitutivos até sete dias antes da publicização do parecer do Relator; 2) preferência automática para votação, por capítulos, das emendas do Centrão; 3) direito de nova votação caso suas propostas não atingissem a maioria absoluta exigida; 4) possibilidade de apresentar nova proposta no caso de rejeição tanto de sua proposta quanto do Projeto A; 5) criação do DVS, isto é, destaque para votação em separado” (PIRES, 2016, p. 95).



destinadas a sanar omissões, erros ou contradições, ou para correção de linguagem”. De acordo com o Parecer do Relator sobre as Emendas oferecidas em Plenário, foram oferecidas 1.844 emendas ao Projeto, sendo que 56 emendas não foram acolhidas por serem consideradas impertinentes.

Destacam-se, aqui, duas emendas: a apresentada pela Constituinte Benedita da Silva (PT), reiterando o pedido para se incluir previsão expressa de que “O Brasil não manterá relações diplomáticas e nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação racial”, novamente não acolhida; e a apresentada pelo Constituinte Carlos Alberto de Oliveira Caó (PDT), para inserir o seguinte texto: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. Essa emenda foi incorporada no texto da Constituição.

Finalizado o 2º Turno, restava ainda a etapa da Comissão de Redação Final. As propostas aprovadas nas quatro primeiras reuniões ordinárias desta Comissão, nos dias 13 e 14 de setembro de 1988, foram incorporadas ao texto do Vencido no 2º Turno, que se passou a denominar Projeto C.

Foram oferecidas ainda 833 propostas exclusivamente de redação ao Projeto C, que foram avaliadas nas reuniões dos dias 18 e 19 de setembro de 1988, dando origem ao Projeto D (Redação Final). O “Projeto D – Redação Final” foi distribuído em avulsos aos constituintes no dia 21 de setembro para votação em turno único no dia 22 de setembro. A 340ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, que durou das 9h30 às 14h30 do dia 22 de setembro de 1988, realizou o que foi a última votação em Plenário. A promulgação e a publicação da Constituição de 1988 ocorreram no dia 5 de outubro.<sup>267</sup>

A análise dos Projetos “A”, “B”, “C”, “D” será feita a seguir juntamente com a análise do texto final da Constituição no que tange ao enfrentamento ao preconceito e à discriminação.

---

<sup>267</sup> “Ao comparar o texto do ‘Projeto D – Redação Final’ com o texto do DOU, excluindo-se os cinco casos de ajustes na redação final mencionados anteriormente nesta seção, identificamos que, além do Preâmbulo, ocorreu alteração em dezessete dispositivos” (LIMA, 2013).

### 8.1.2 Conteúdo da Constituição de 1988 no Enfrentamento ao Preconceito e à Discriminação

A análise recém empreendida a respeito da construção do texto da Constituição de 1988 ajuda a demonstrar por que ela passou a ser chamada de Constituição Cidadã. Ela, de fato, foi resultado de uma combinação de forças bastante diversa da sociedade, ainda que, no final das contas, havia uma força que prevalecia – a do “Centrão”.

É verdade que a Constituição poderia ser melhor para os movimentos sociais sob análise – com, por exemplo, com o reconhecimento do direito ao aborto e com a menção à proibição de discriminação em razão da orientação sexual –; mas também é verdade que o Centrão não foi capaz de anular todos os avanços pretendidos, dentre os quais os que dizem respeito ao enfrentamento do preconceito e da discriminação dos grupos aqui analisados, como se passará a analisar.

O texto final da Constituição terminou organizado em 9 títulos [(I) “Dos Princípios Fundamentais” , (II) “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, (III) “Da Organização do Estado”, (IV) “Da Organização dos Poderes”, (V) “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, (VI) “Da Tributação e do Orçamento”, (VII) “Da Ordem Econômica e Financeira”, (VIII) “Da Ordem Social” e (IX) “Disposições Constitucionais Gerais”] e contando com 250 artigos. Esta organização do texto constitucional é reveladora de algumas prioridades da Constituição. Se as Constituições anteriores iniciavam pela estrutura do Estado e só depois passavam aos direitos fundamentais, esta Constituição inicia pelos direitos e garantias fundamentais e depois se volta para a organização do Estado. Segundo apuração de Daniel Sarmiento (2009, p. 14), esta inversão não é gratuita: “Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ela indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas”.

Conforme relacionado no quadro abaixo, são nove os dispositivos dignos de nota quanto ao enfrentamento ao preconceito e à discriminação.

Quadro 14 – Dispositivos da Constituição de 1988 de Enfrentamento ao Preconceito e à Discriminação

|  |   |   |
|--|---|---|
| <p>PREÂMBULO</p> <p>Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL</p>                                       | <p>TÍTULO I<br/>DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS</p> <p>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:<br/>IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.</p>  | <p>Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:<br/>VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;</p>   |
| <p>TÍTULO II<br/>DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS<br/>CAPÍTULO I<br/>DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS</p> <p>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:<br/>I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;</p>  | <p>XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;<br/>XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;</p>  | <p>Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:<br/>XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;<br/>XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;</p> |
| <p>TÍTULO VIII<br/>DA ORDEM SOCIAL<br/>CAPÍTULO III<br/>DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO ESPORTO<br/>Seção II<br/>Da Cultura</p> <p>Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.<br/>§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.<br/>[Art. 216] § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.</p> | <p>CAPÍTULO VII<br/>DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO</p> <p>Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado<br/>§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.</p> | <p>TÍTULO IX<br/>DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS<br/>Art. 242. [...]<br/>§ 1º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.</p>   |

Fonte: Elaborado pela autora.

Como se pode perceber dos dispositivos acima destacados, a Constituição se contentou com a proclamação retórica da igualdade (formal), direcionando-se também à promoção da igualdade material, sem prejuízo da preocupação com o reconhecimento e com o respeito à diferença. Pode-se dizer que a Constituição procura enfrentar a discriminação e o preconceito a partir de três frentes: (i) pela via principiológica, (ii) pela via do direito penal e (iii) pela via dos direitos sociais e culturais.

Na via principiológica, encontram-se o preâmbulo, que afirma o valor de uma sociedade sem preconceitos; o art. 3º, IV, que coloca, dentre os objetivos

fundamentais da República, a promoção de uma sociedade sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; o 4º, VIII, que afirma o repúdio ao racismo nas relações internacionais; e o 5º, I, que afirma a igualdade entre homens e mulheres. O preâmbulo, o art. 3º, IV e o art. 4º, VIII representam inovações que avançam, no enfrentamento ao preconceito, em relação às Constituições brasileiras anteriores. Quanto ao art. 4º, a redação poderia, quiçá, ter avançado mais, já que no anteprojeto produzido na Subcomissão de “Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”, havia o dispositivo afirmando que o Brasil “não manterá relações diplomáticas nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação de cor, bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu território”. Quer dizer, seria um dispositivo mais afirmativo do que principiológico. Mas ele acabou sendo suprimido na Comissão de Sistematização, porque estaria em desacordo com o dispositivo que dizia que o Brasil não se envolveria em assuntos internos de outros países.

O *caput* do art. 5º, por sua vez, acabou não avançando em relação às Constituições anteriores já que optou por tratar da igualdade de maneira universal, sem destacar as identidades sociais que mereceriam proteção especial, enquanto na Constituição anterior estava destacado “sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Quanto a isso, importante lembrar que o Projeto da Comissão de Sistematização (mantendo dispositivo da Subcomissão de “Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”) viria avançar bastante em relação ao texto final e, inclusive, à Constituição anterior, pois, além de destacar identidades sociais (“nascimento, etnia, raça, cor, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, natureza do trabalho, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental”), previa expressamente a igualdade material, ao afirmar a “compensação para igualar as oportunidades de acesso aos valores da vida e para reparar injustiças produzidas por discriminações não evitadas”.

Quanto ao inciso I, do art. 5º – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” – acabou não sendo tão inovador quanto se gostaria, tendo em vista que a proposição originária deste dispositivo, gestado na Subcomissão de “Direitos e Garantias Individuais”, vinha a destacar que os homens e as mulheres são iguais, inclusive quanto aos deveres de “natureza doméstica e familiar, com a única exceção dos que têm a sua origem na gestação, no parto e no aleitamento”.

Na via do direito penal, encontram-se os dois incisos do art. 5º: o XLI, que dispõe que a lei punirá qualquer discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais; e o XLII, que expressa que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Ambos representam maior ênfase repressiva contra a discriminação, em relação às Constituições anteriores. O inciso XLI, entretanto, foi desenhado – na Subcomissão – de forma mais detalhada, conforme constou até o 1º Substitutivo, dispondo que são formas de discriminação “entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar pessoas por pertencer a grupos étnicos ou de cor, por palavras, imagens ou representações, em qualquer meio de comunicação”.

Outro dispositivo que é destacado pelo Movimento Feminista que se encaixaria no viés penal, é o art. 226, § 8º, que é o primeiro dispositivo que reconhece a violência doméstica e a necessidade de o Estado criar mecanismos para coibi-la.

Na via dos direitos sociais e culturais, estão os dispositivos que proíbem diferença de salário ou de critério de admissão no mercado de trabalho em razão de sexo, idade, cor, estado civil ou deficiência (art. 7º, XXX e XXXI); e os que promovem a cultura indígena e afro-brasileira (arts. 215, § 1º; 216, § 5º; e 242, § 1º). Só esses últimos representam inovação, se comparado às Constituições anteriores.

Para facilitar esta avaliação comparativa entre as Constituições, indica-se a leitura do Apêndice A desta tese, em que se apresenta um Quadro com os dispositivos sob análise, desde a Constituição de 1891. E, para visualizar o desenvolvimento desses dispositivos na construção da Constituição de 1988, indica-se novamente o Anexo I, que traz as Quadros produzidas por João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos e João Rafael Nicola, por ocasião da pesquisa “A gênese do texto da Constituição de 1988” (2013), a qual apresenta quadros comparativos entre os textos, a partir do 1º Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização até a publicação no Diário Oficial da União.

Diante do tratamento dado ao tema sob análise, esta Constituição foi enaltecida tanto pelo Movimento Feminista, como pelos representantes da militância negra (PIRES, 2016), na medida em que coloca tanto a questão do machismo, como a questão racial na agenda política brasileira. Segundo Thula Pires, a Constituição operou a uma redefinição do papel do negro no processo civilizatório nacional, a partir das normas sobre educação e cultura.

É justamente este papel do direito que esta tese está procurando destacar, o de ressignificar os grupos sociais historicamente oprimidos, de modo que se sintam sujeitos de direito, sujeitos capazes de mobilizar o direito.

É de se lamentar, por fim, a retirada de “proteção” contra a discriminação em razão de orientação sexual, tal como demandado pelo Movimento LGBT. Sem dúvida era uma categoria identitária merecedora de proteção, assim como também é merecedora de proteção a categoria identidade de gênero, que não chegou a adentrar aos debates da constituinte. Para entender tais ausências, para além do conservadorismo dos parlamentares, também está o fato de que os movimentos LGBT’s foram os últimos – em comparação com o negro e o feminista – a se desenvolverem e adquirirem protagonismo social. Suas demandas, portanto, demoraram mais para ingressar no debate público, quem dirá nas políticas públicas. De qualquer forma, como pontua Thula Pires (2016, p. 100), “o que ficou de fora passou a ser objeto de debates frequentes nos espaços públicos e privados de interação”.

## **8.2 Lei nº 7.716/1989 e a Criminalização do Preconceito de Raça ou de Cor**

Enquanto ocorria a Constituinte, o Congresso Nacional permaneceu funcionando também em sua competência ordinária. Tanto que em maio de 1988, o deputado Carlos Alberto Caó<sup>268</sup> (pelo PDT/RJ) apresentou projeto de lei para definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e que veio a ser transformado na Lei nº 7.716/89, a chamada Lei Caó, Lei antirracismo, Lei do Racismo ou Lei do Crime Racial.

O projeto (PL nº 668/1988) tramitou em regime de urgência e foi aprovado aproximadamente sete meses após sua apresentação, provavelmente porque foi encarado como um projeto regulamentador da recém aprovada Constituição, que previa – e permanece prevendo – que “a prática do racismo constitui crime

---

<sup>268</sup> Em 1986, foi eleito suplente na eleição para deputado federal constituinte. Assumiu sua cadeira em janeiro de 1987, antes do início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, em virtude da morte do deputado Giulio Caruso. Empossado como constituinte em fevereiro seguinte, foi um dos poucos parlamentares negros a participar da elaboração da nova Constituição (<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbetes-biografico/carlos-alberto-cao-oliveira-dos-santos>). Acesso em julho de 2017).

inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII).

### 8.2.1 Tramitação e Conteúdo da Lei

Em verdade, o projeto desta lei foi apresentado antes da aprovação da Constituição, sob o pretexto do centenário da Lei Áurea, e também da ocorrência da Assembleia Nacional Constituinte, momento que merecia, segundo o autor do projeto, “uma reavaliação histórica” do Brasil e do papel atribuído à população negra, privada da cidadania, pela prática odianda do racismo.

Além disso, segundo avaliação de Carlos Alberto Caó, a Lei Afonso Arinos, ao encarar o racismo como mera contravenção penal, estaria estimulando sua prática, dada a ausência de punição na prática. De qualquer forma, ele reconhece que:

A Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o cometimento odiando do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei.

Com a criminalização, o autor esperava que as penas pudessem ser “sentidas” e que, com isso, fosse possível que o Brasil saísse do “bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência desse tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos” (BRASIL, 1988).

O projeto praticamente repetia as mesmas condutas descritas na Lei Afonso Arinos, só que agora consideradas crimes (e não contravenções penais), com penas mais elevadas, variando entre um e cinco anos de reclusão e sem mais previsão de pena de multa (na lei anterior, a pena era de multa isolada ou cumulada com prisão simples de 15 dias a um ano). Entretanto, não fez constar os preconceitos em razão de “sexo” e de “estado civil”, como já constava da Lei Afonso Arinos, por ocasião da reforma operada pela Lei nº 7.437/1985. O projeto dispôs, também, que os crimes ali previstos seriam inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de suspensão condicional da pena (*sursis da pena*).

Este último dispositivo, entretanto, foi vetado pelo então presidente José Sarney (PMDB), sob a justificativa de que a lei penal deve ser aplicada a todos sem distinção e que os que preencherem os requisitos por ela exigidos, fazem jus ao *sursis* da pena. O Ministério da Justiça, na análise do veto, até explicitou compreender que tal proibição no projeto tem em vista evitar que a pessoa que cometa o crime de racismo deixe de ser encarcerada, mas que admitir tal exceção seria medida extremada, “que não aconselha a ignorância do preceito geral imposto pela lei penal, o qual o julgador deve saber dosar”. Como se vê, a intenção do Executivo era vetar somente a proibição do *sursis*, entretanto, ao vetar todo o artigo – veto que foi confirmado na Câmara –, acabou-se por vetar, também, a inafiançabilidade e imprescritibilidade, mesmo que dispostas na Constituição.

A presidência vetou também um tipo penal que punia o ato de “discriminar alguém por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas”, porque seria impertinente ao projeto, que trata do preconceito de raça, e também devido a sua generalidade. Com isso, ficaram vetados os dois parágrafos que acompanhavam este tipo: um que criminalizava a propaganda de preconceito de raça ou cor e o que agravava a pena quando o ato discriminatório fosse veiculado ou publicado pela imprensa.

Foram vetados, ainda, outros dois dispositivos: um que previa a possibilidade de pena acessória ao reincidente, consistente na cassação da autorização de funcionamento de estabelecimento (conforme constava na Lei Afonso Arinos); e o que previa o rito sumário para o processamento desses crimes.

A lei que entrou em vigor traz 13 tipos penais resultantes de preconceito de raça ou de cor, isto é, sem “sexo” e “estado civil”. Apesar de haver mais que o dobro de tipos penais que tinha a Lei Afonso Arinos, ao se analisar as condutas descritas em ambas as leis – conforme Quadro abaixo apresentada –, percebe-se que elas são equivalentes, com exceção de dois tipos novos que não constavam em nenhum artigo anterior da Lei Afonso Arinos: o de (i) impedir o acesso a meios de transporte e (ii) o de impedir ou obstar casamento ou convivência familiar e social, ambos desde que resultados de preconceito de raça ou de cor.



### Quadro 15 - Comparação Lei Afonso Arinos e Lei Caó

| Lei Afonso Arinos (alterada pela Lei nº 7.437/85)   | Lei Caó  |
|---|--|
| Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor.   | Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor  |
| Art. 1º Constitui contravenção, punida nos termos desta Lei, a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.  | Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.  |
| Art. 2º Será considerado agente de contravenção o diretor, gerente ou empregado do estabelecimento que incidir na prática referida no art. 1º desta Lei.  | (vetado).  |
| Art. 3º Recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento de mesma finalidade, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 3 (três) a 10 (dez) vezes o maior valor de referência (MVR).   | Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.<br>Pena: reclusão de três a cinco anos.   |
| Art. 4º Recusar a venda de mercadoria em lojas de qualquer gênero ou o atendimento de clientes em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes, abertos ao público, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR).  | Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.<br>Pena: reclusão de um a três anos.<br><br>Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.<br>Pena: reclusão de um a três anos.  |
| Art. 5º Recusar a entrada de alguém em estabelecimento público, de diversões ou de esporte, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR).   | Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público.<br>Pena: reclusão de um a três anos.   |
| Art. 6º Recusar a entrada de alguém em qualquer tipo de estabelecimento comercial ou de prestação de serviço, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br><br>Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR).   | Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades.<br>Pena: reclusão de um a três anos.<br><br>Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:<br>Pena: reclusão de um a três anos. |
| Art. 7º Recusar a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR).<br>Parágrafo único. Se se tratar de estabelecimento oficial de ensino, a pena será a perda do cargo para o agente, desde que apurada em inquérito regular.   | Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.<br>Pena: reclusão de três a cinco anos.<br>Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).  |
| Art. 8º Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público civil ou militar, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Pena - perda do cargo, depois de apurada a responsabilidade em inquérito regular, para o funcionário dirigente da repartição de que dependa a inscrição no concurso de habilitação dos candidatos.   | Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.<br><br>Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas.<br>Pena: reclusão de dois a quatro anos.   |
| Art. 9º Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.<br>Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR), no caso de empresa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público. | Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.<br>Pena: reclusão de um a três anos.   |
|   | Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido.<br>Pena: reclusão de um a três anos.   |
|   | Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.<br>Pena: reclusão de dois a quatro anos.   |
| Art. 10. Nos casos de reincidência havidos em estabelecimentos particulares, poderá o juiz determinar a pena adicional de suspensão do funcionamento, por prazo não superior a 3 (três) meses.  |  |

Fonte: Elaborado pela Autora.

Como se pode ver na Quadro acima, as penas foram elevadas em até doze vezes (por exemplo, tipos que tinham pena mínima de 3 meses, passaram a ter a mínima de 3 anos) e não há mais possibilidade de pena de multa, seja isolada ou cumulada. E o preconceito em razão de “sexo” ou “estado civil” saiu para não mais voltar. Até houve reforma a esta lei, pela Lei nº 9.459/1997, mas foram incluídos os preconceitos em razão de “etnia”, “religião” e “procedência nacional”.

### 8.2.2 Contexto e Oportunidade Política

Como já analisado no tópico que tratou da Lei Afonso Arinos (“5.2”), os Movimentos Negros traziam a pauta da criminalização do racismo desde sua organização política nas décadas de 1940 e 1950. Com sua reorganização após os ciclos de protestos pela democratização, no início da década de 1980, ressurgiu, no interior dos Movimentos Negros, a demanda por uma verdadeira criminalização do racismo.

Nesse sentido, durante a “II Semana Brasileira de Cultura Negra”, realizada na Câmara Municipal de São Paulo, de 14 a 23 de novembro de 1980, foi debatida a Lei Afonso Arinos e decidiu-se formar uma Comissão de Trabalho<sup>269</sup> – com a participação de todas as entidades Afro-brasileiras do país – para criar um anteprojeto de lei contra a discriminação racial, em substituição à lei vigente.

Isso porque se chegou ao consenso de que a Lei nº 1.390/51 apresentava imperfeições que a tornavam inócua para proteger o discriminado, devendo, portanto, ser substituída. Concluiu-se que a discriminação de raça ou de cor deveria ser definida como crime em legislação penal (e não como contravenção penal), em obediência, inclusive, ao art. 150, § 1º, da Constituição então vigente, de 1967, que dispunha que “o preconceito de raça será punido pela lei”.

---

<sup>269</sup> A comissão eleita foi composta por: “Ademil Lopes, Ana Maria Rodrigues Ribeiro, Celso Prudente, Cláudio Fermi ano, Clóvis Moura, Eduardo de Oliveira, Eunice Aparecida de Jesus, Joaquim Beato, João Batista de Jesus Felix, Jurandir Nogueira, Maria de Jesus, Neuza Maria Pereira Lima , Orlanda Campos, e Wilson Prudente” (Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=7908546CD760FB5889536561BC0645A1.proposicoesWebExterno2?codteor=1164710&filename=Dossie+-PL+1661/1983](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=7908546CD760FB5889536561BC0645A1.proposicoesWebExterno2?codteor=1164710&filename=Dossie+-PL+1661/1983). Acesso em julho de 2017).

O diagnóstico do movimento era de que a impunidade do racismo decorria de dois defeitos principais da Lei Afonso Arinos: (i) sua má redação e (ii) sua concepção da discriminação como contravenção penal.

Quanto à redação, a crítica residia no fato de que o uso das expressões “recusar”, “negar”, “obstar” descrevia as mesmas situações diversas vezes, tornando a lei excessivamente casuística. Sem contar que, conforme enegrece o relatório, o preconceito de raça ou de cor não se caracteriza apenas na recusa frontal à entrada ou atendimento em estabelecimento. Nas palavras do relatório:

Não se limita essa prática à recusa de entrada de um negro num recinto de sociedade recreativa, cultural, restaurante, bar ou elevador social de algum prédio. Na sutileza do ato que elimina o afro-brasileiro da plena participação no sistema econômico, político e social é que reside a maior afronta aos direitos do cidadão, constituindo-se no ponto crucial da questão. A recusa frontal declarada é um mínimo ante a gama de ocorrências degradantes que atinge o negro na sua dignidade pessoal, no seu decoro, no seu brio (BRASIL, 1983, p. 9).

Quanto à questão da contravenção, a crítica tinha por fundamento a concepção de contravenção no direito brasileiro, que é de atos levemente prejudiciais, que não trazem danos em si, mas que são reprimidos porque podem criar perigo futuro para a sociedade.

[se a lei] definiu a eliminação física das pessoas, como crime punível por lei, a discriminação de cor, de raça ou de etnia, por ser prática de ato que também destrói moralmente o ser humano, ferindo-o em sua dignidade, terá, irrefutavelmente que ser definido e enquadrado como crime e não como mera contravenção (BRASIL, 1983, p. 7).

A conclusão, portanto, foi de que a “discriminação racial deve ser legalmente caracterizada como CRIME CONTRA A PESSOA e como tal deve ser seriamente punida, através de legislação clara, breve e simples” (BRASIL, 1983, p. 12). Já que concebiam a lei como o “único caminho, pacífico e de menor custo social, para a solução deste problema” (BRASIL, 1983, p. 10).

Em resposta a esta mobilização do Movimento Negro, o então deputado Abdias Nascimento (pelo PDT/RJ), o único negro daquela legislatura, apresentou um projeto de lei (PL nº 1.661/83), que “Dispõe sobre o crime de lesa-humanidade: discriminar pessoas, individual ou coletivamente, em razão de cor, raça ou etnia”. Sua justificativa fazia menção ao Movimento Negro, à II Semana Brasileira de Cultura Negra, bem

como é citado seu relatório. Isto é, um projeto mais do que legítimo em termos de apoio e base do próprio grupo social implicado, como se pode perceber neste trecho da Exposição de Motivos apresentada por Abdias:

A comunidade afro-brasileira vem clamando, há anos, pela revogação da chamada Lei Afonso Arinos, ou seja, a Lei nº 1.390/51, e a sua substituição por um dispositivo legal que realmente puna, como determina o Artigo 153, § 1º, da Constituição brasileira [de 1967], o preconceito e a discriminação de cor e de raça. O presente Projeto de lei, definindo essa discriminação como crime contra a humanidade, como anteriormente foram definidos o anti-judaísmo nazista e o apartheid da África do Sul, não é apenas de um deputado, mas de toda a comunidade negra brasileira, cujos membros e porta-vozes estão unanimemente de acordo quanto à ineficácia da chamada lei Afonso Arinos. A primeira razão é de uma simplicidade elementar: a existência da referida lei de nenhuma forma, desde qualquer perspectiva foi eficaz para diminuir a prática do racismo em nosso País. Diariamente, deparamos com fatos de discriminação e preconceito racial que nunca chegam à Justiça ou cujos processos são arquivados sob um ou outro pretexto ou subterfúgio jurídico (BRASIL, 1983).

Em consonância com os diagnósticos do Movimento Negro, o projeto de Abdias Nascimento trazia uma lei mais simples, composta por seis artigos, dos quais, apenas dois definiam crimes. Esses dois tipos penais, por sua vez, apresentavam redação mais abrangente. Veja-se o primeiro tipo penal:

Art. 1º. Constitui crime de lesa humanidade, punido nos termos desta Lei, discriminar pessoas, individual ou coletivamente, em razão de cor, raça ou etnia.

§ 1º Compreende-se por "discriminar em razão de cor, raça ou etnia" a prática de quaisquer atos ou omissões que, de maneira explícita, dissimulada ou empírica, dispensem tratamento diferenciado, ofendendo-as ou causando-lhes prejuízos materiais ou morais, a pessoas pertencentes a grupos humanos historicamente sujeitos à identificação segundo critérios raciais, étnicos ou de cor epidérmica.

§ 2º - Não constitui discriminação, nos termos desta Lei, a aplicação, a pessoas ou a grupos raciais, étnicos ou de cor historicamente escravizados, oprimidos ou discriminados como tal, de medidas compensatórias visando à implementação do princípio constitucional da igualdade racial.

§ 4º - A responsabilidade criminal será de pessoa jurídica: a) quando a discriminação for praticada por seu agente, representante, membro ou funcionário de qualquer nível, quando este esteja representando a pessoa jurídica ou exercendo suas funções ou atribuições junto à mesma; ou b) quando a discriminação for de natureza empírica.

§ 5º - Compreende-se por discriminação de natureza empírica aquela que consiste em dispensar o tratamento envolvido a pessoas pertencentes ao grupo definido: a) em proporção menor do que sua proporção na população brasileira segundo o último censo do IBGE,

caso o tratamento seja considerado benéfico (a exemplo de concessão de emprego ou admissão como membro de uma associação, não limitando-se a estes exemplos); b) em proporção maior do que a referida, caso o tratamento seja considerado prejudicial (exclusão ou demissão em empregos ou sociedades, não limitando-se a estes); ou c) em proporção significativamente inferior, estatisticamente, à proporção em que o tratamento é dispensado ao restante da população, caso o tratamento seja considerado benéfico; d) em proporção significativamente superior à referida, estatisticamente, caso o tratamento seja considerado prejudicial.

Pena – Se o responsável pelo crime for indivíduo (pessoa física), reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos e multa de 20 (vinte) salários mínimos, levando-se em conta o valor do maior salário mínimo vigente em território nacional; Se o responsável for pessoa jurídica, reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, para a pessoa que diretamente executou a discriminação e de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, para o representante legal ou pessoa Juridicamente responsável pela instituição ou entidade, responsável pelo crime; e multa a ser paga pela pessoa jurídica como tal, de : 1. Para: a) pessoa jurídica sem finalidades de lucro, sociedade civil ou b) empresa, firma ou estabelecimento de comércio, indústria, serviços, mercado financeiro ou do setor agropecuário, com menos de 10 (dez) funcionários: 50 MVR {maior valor de referência), valendo o maior valor, ou 20 % da folha bruta mensal de pagamento (caso tenha); 2. Para pessoa jurídica enumerada no item (a) ou (b) do número I, com 10 a 200 funcionários: 35% da folha bruta mensal de pagamento ou 100 MVR, valendo o maior valor; 3. Para pessoa jurídica enumerada no item (a) ou (b) do número I acima, com mais de 200 funcionários: 40% da folha bruta mensal de pagamento ou 200 MVR, valendo o maior valor.

Como se pode ver, em primeiro lugar, o projeto procurou deixar evidente que a discriminação pode ser individual ou coletivamente, afastando, com isso, aquelas interpretações que restringem a tipificação do racismo tão-somente para condutas que ofendam uma coletividade. Na sequência, é definida a discriminação como qualquer ação ou omissão que proceda à tratamento diferenciado que ofenda ou que cause prejuízo (moral ou material) a pessoas pertencentes a grupos sociais historicamente sujeitos à identificação segundo critérios raciais. O projeto afasta do entendimento de discriminação o tratamento diferenciado promovido por meio de medias compensatórias que visam à implementação da igualdade racial.

Em segundo lugar, este projeto previa a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, quando o crime for cometido no contexto de uma pessoa jurídica ou no caso de discriminação de natureza empírica. Esta discriminação é conceituada como aquele tratamento diferenciado que não observa a proporção dos grupos sociais, segundo o censo do IBGE.

Em terceiro lugar, não descreve condutas casuísticas, mas uma conduta que abrange várias possibilidades de discriminação no caso concreto. E, por fim, quanto a este tipo penal, é de se destacar como as penas são bastante mais elevadas se comparadas à Lei Afonso Arinos e à própria Lei Caó.

O segundo tipo penal estava descrito da seguinte maneira:

Art. 2º. Subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos, raciais ou de cor ou pessoas pertencentes aos mesmos por meio de palavras, imagens ou representações, através de quaisquer meios de comunicação.

Pena - Quando o responsável pelo crime for indivíduo (pessoa física), detenção de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa de quinze salários mínimos no valor maior vigente no território nacional; se o responsável for pessoa jurídica, prisão simples de 2 (dois) a 8 (oito) anos para o autor direto do crime, e de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, para o responsável legal pela Instituição ou entidade; e multa, a ser paga pela pessoa jurídica como tal, de: I. Para: a) pessoa jurídica sem finalidades de lucro, sociedade civil ou b) empresa, firma ou estabelecimento de comércio, indústria, serviços, mercado financeiro ou do setor agropecuário, com menos de 10 (dez) funcionários: 50 MVR (maior valor de referência), valendo o maior valor, ou 20% da folha bruta mensal de pagamento (caso tenha); 2. Para pessoa jurídica enumerada no item (a) ou (b) do número I, com 10 (dez) a 200 (duzentos) funcionários: 35% da folha bruta mensal de pagamento ou 100 MVR, valendo o maior valor; 3. Para pessoa jurídica enumerada no item (a) ou (b) do nº I acima, com mais de 200 funcionários: 40% da folha bruta mensal de pagamento ou 200 MVR, valendo o maior valor.<sup>270</sup>

Este tipo penal, por sua vez, descreve uma conduta mais específica, que é a de “subestimar, estereotipar ou degradar” grupos ou pessoas por meio de palavras, imagens ou representações, através de meio de comunicação. A pena já é mais parecida com a da Lei Caó, ainda que permaneça mais elevada. Este crime também previa a responsabilidade da pessoa jurídica, assim como de seu representante legal, o qual também estava sujeito à pena de prisão, tal qual o autor direto do crime.

---

<sup>270</sup> “Art. 3º. Os crimes nesta lei terão suas penas aumentadas:

I - a pena será duplicada:

se a vítima for menor ou tiver diminuída sua capacidade de resistência física, psicológica ou de entendimento;

se o crime for praticado na seleção de candidatos a emprego ou cargo público;

se o crime for praticado por funcionário público no exercício de suas funções;

se o crime for praticado por empregado ou professor de estabelecimento de ensino no exercício de suas funções” (BRASIL, 1983).

II – nos casos de reincidência a pena será aumentada de dois terços”. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=7908546CD760FB5889536561BC0645A1.proposicoesWebExterno2?codteor=1164710&filename=Dossie+-PL+1661/1983](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=7908546CD760FB5889536561BC0645A1.proposicoesWebExterno2?codteor=1164710&filename=Dossie+-PL+1661/1983). Acesso em julho de 2017.

Este projeto foi aprovado, em novembro de 1983, à unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça, em que o Relator, Deputado Elquisson Soares (PMDB/BA), afirmou tratar-se de um projeto “polêmico”, porém que “ataca o problema de forma objetiva e oferece solução válida”. Encaminhado à Comissão de Educação e Cultura, também obteve parecer favorável. Passou de abril a março de 1986 com sua votação sendo adiada por falta de quórum, até que em abril de 1989 foi arquivado nos termos do artigo primeiro, “a”, da Resolução 6/89 da Câmara dos Deputados<sup>271</sup>.

Apesar dessa mobilização do Movimento Negro, a lei que acabou criminalizando o racismo, o fez nos mesmos moldes da Lei Afonso Arinos, isto é, por meio da tipificação de condutas de acesso. Assim, os verbos utilizados na redação da lei são todos referentes à exclusão, tais como impedir, obstar, negar, recusar, referindo-se seja ao acesso a serviços públicos ou residências, seja ao atendimento em estabelecimentos, seja ao convívio familiar.

E este casuísmo já era, como apontou o Movimento Negro, um dos principais problemas da Lei “Afonso Arinos” e, continuou sendo com a Lei Caó. Afinal, como coloca Antonio Sergio Guimarães (2004, p. 36), “o problema consiste exatamente no fato de que tais formas de discriminação são residuais no mundo atual e, quando exercidas, o são de modo sutil, disfarçando-se o motivo racial”.

Assim, apesar do objetivo de Caó de fazer sentir as penas e, com isso, diminuir as práticas de racismo; estudos realizados após 1988 indicam a manutenção da pouca incidência da repressão penal sobre condutas discriminatórias em razão de raça ou cor, o que se reflete no baixo número de condenações.

### 8.2.3 Eficácia Instrumental da Lei

As avaliações da aplicação da legislação antirracista desenvolvidas no âmbito acadêmico<sup>272</sup> vão ao encontro do diagnosticado pelo Movimento Negro. Um dos

---

<sup>271</sup> “Art. 1º Das proposições que se encontravam em tramitação no dia 4 de outubro de 1988, ficam arquivadas as seguintes, tenham ou não parecer: a) as de iniciativa de deputados ou de Comissão Permanente”.

<sup>272</sup> “No campo da sociologia encontramos também os trabalhos de Fullin (1999), que estuda inquéritos policiais instaurados na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo; Monteiro (2003), que aborda o tema a partir da análise da atuação de funcionários públicos atuantes no serviço de ‘Disque-Racismo’ da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro; Salles Jr. (2006), que analisa o fluxo de casos de Racismo na justiça a partir de registros efetuados em Pernambuco; Santos (2009c), que estuda inquéritos policiais registrados em Campinas e sua tipificação pelos

primeiros estudos sobre esta lei foi elaborado pelo sociólogo Antonio Sergio Guimarães. Em sua pesquisa, publicada sob o nome “Preconceito e discriminação”, o autor analisou boletins de ocorrência (registrados em delegacias policiais de Salvador e na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo entre 1993 e 1997) e notícias veiculadas pelos jornais diários brasileiros entre 1988 e 1994. A partir de suas análises, verificou que:

tal desrespeito aos direitos individuais dos negros é ainda amplamente aceito como natural na sociedade brasileira, a tal ponto que, de um modo geral, o mais notado dos crimes raciais — nas Delegacias, por exemplo — não é a discriminação, a qual envolve o tratamento desigual e, portanto, a quebra do preceito constitucional de isonomia de direitos, mas sim o preconceito expresso verbalmente, o qual é considerado conduta ofensiva à honra da pessoa (GUIMARÃES, 2004, p. 20).

Com isso, concluiu que a Lei nº 7.716/89 – assim como a Lei Afonso Arinos –, ao definir “racismo” como segregação/exclusão, torna-se inaplicável ao racismo existente no Brasil, que, como se sabe:

se manifesta sempre numa situação de desigualdade hierárquica marcante – uma diferença de status atribuído entre agressor e vítima – e de informalidade das relações sociais, que transforma a injúria no principal instrumento de reestabelecimento de uma hierarquia racial rompida pelo comportamento da vítima (GUIMARÃES, 2004, p. 36).<sup>273</sup>

---

delegados; Santos (2011), que possui como objeto de estudo acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo entre os anos de 1988 e 2008, buscando “analisar os valores da sociedade brasileira refletidos nas decisões”; e Santos (2013), que abordou o tema a partir da análise de documentos jurídicos diversos tais como sentenças judiciais, despachos, pareceres, inquéritos. No campo do direito as contribuições são igualmente diversas. Santos (2001) analisa a aplicação dos instrumentos legais a partir da contabilização de boletins de ocorrência, processos e sentenças proferidas por Tribunais sobre o tema; Costa e Carvano (Paixão et al., 2009 e 2011) colaboram na elaboração do Relatório de Desigualdades Raciais a partir da análise quantitativa de desfechos de decisões nas esferas cível e penal de treze tribunais brasileiros por meio da categorização “perdedores e vencedores” das ações entre os anos 2005-2008; Melo (2010) focaliza a análise na viabilidade da utilização da Lei nº 7.716/89 para crimes de racismo ocorridos na internet; e Cruz (2010) estuda decisões sobre a temática racial (em geral e, portanto, não somente na esfera penal) nos Tribunais Regionais Federais brasileiros” (MACHADO; SANTOS; FERREIRA, 2015). Assim como a pesquisa de Marta Machado, Natalia Santos e Carolina Ferreira (2015), que propõe uma análise da dinâmica interna do sistema jurídico penal brasileiro frente ao problema social do Racismo e da discriminação racial, de modo a desvendar os entraves e permitir uma luta pela aplicação da legislação.

<sup>273</sup> “Os crimes de racismo que realmente ocorrem são, principalmente, os seguintes: Discriminação de alguém pelo fato de que sua cor ou aparência o tornam suspeito de crimes [criminoso] ou de comportamentos antissociais [vagabundo] que não perpetrou [...] limitando sua liberdade de ir e vir, os seus direitos de consumidor, ou o livre exercício de sua ocupação profissional; A injúria racial é utilizada, seja para diminuir a autoridade de que alguém está investido, seja para desmoralizá-lo



É que a Lei Caó não estabelecia, em nenhum de seus 12 crimes, que a ofensa e o xingamento racista constituíssem crime. A redação, portanto, novamente é uma das principais responsáveis pela dificuldade de “enquadrar penalmente o racismo realmente existente no Brasil, isto é, um racismo de assimilação e de tratamento diferencial dos negros” (GUIMARÃES, 2004, p. 43). A pesquisa de Camen Silva Fullin (1999), a partir de inquéritos policiais conduzidos pela Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo entre 1993 e 1997, também concluiu que há baixo índice de tramitação processual dentre as ocorrências registradas naquela delegacia, em princípio enquadradas na Lei 7.716/89.

#### 8.2.4 Modificações à Lei Caó

A Lei Caó permanece em vigor, mas passou por modificações importantes, como se verá a seguir, pelas leis: (i) nº 8.081/90; (ii) nº 8.882/94; (iii) nº 9.459/97; e (iv) nº 12.288/10.

##### 8.2.4.1 Lei nº 8.081/1990 e o *Preconceito de Raça, Religião, Etnia ou Procedência Nacional*

Em 21 de setembro de 1990, a Lei Caó sofre sua primeira alteração. Por meio da Lei nº 8.081, foi introduzido um novo tipo penal à lei:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 2º Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

---

[...]; A injúria racial é utilizada como forma de não reconhecimento da posição social da vítima, constringendo-a e limitando o seu desempenho no emprego, na vida social e na vida pública” (GUIMARÃES, 2004, p. 37).

Esta lei foi proposta (PL nº 5239/1990) praticamente um ano e meio após a promulgação da Lei Caó, pelo então deputado judeu, Ibsen Pinheiro (pelo PMDB/RS), sob a justificativa de que referida lei não cuidou de estabelecer a:

punibilidade das condutas consistentes na pregação, de qualquer modo, do racismo e da discriminação ou preconceito de religião, etnia ou procedência nacional, seja através de publicação de qualquer natureza, seja através da imprensa falada ou televisada (BRASIL, 1990).

Com efeito, a Lei Caó (7.716/1989) não criminalizava a publicação de material discriminatório ou preconceituoso, recorde-se que no projeto até havia um tipo genérico de “discriminar alguém por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas”, mas foi vetado pelo presidente, dada sua generalidade. De qualquer forma, o Código Brasileiro de Telecomunicações (4.117/62) já definia que se tratava de abuso no exercício da radiodifusão a promoção de “campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião” (em seu art. 53, “e”); e a então vigente Lei de Imprensa (5.250/67) criminalizavam a conduta de fazer propaganda de preconceito de raça ou de classe (em seu art. 14). Afinal, as constituições brasileiras, desde 1946, não toleram propaganda de preconceito de raça ou de classe, excepcionando-a nos dispositivos sobre a liberdade de manifestação.

A única diferença da criminalização desta lei para as criminalizações das duas leis supracitadas é que nesta se abrange o preconceito em razão de etnia e de procedência nacional. Além disso, as penas, aqui, são mais elevadas que nas leis anteriores. Enquanto na Lei de Imprensa, a pena era de um a quatro anos, nesta é de dois a cinco.

O projeto desta lei tramitou em regime de urgência e, quatro meses após sua apresentação, foi transformado em lei, praticamente com a mesma redação proposta no projeto.

Perceba-se que esta conduta estava prevista tanto no projeto inicial da Lei Caó, e fora vetada, como na proposta de lei antirracista de Abdias Nascimento, de 1983. Com a única diferença que não dispunham sobre preconceito por religião e procedência nacional, como se fez na lei sob análise.

O dispositivo inserido por esta lei sofreu modificação pela Lei nº 9.459/97, que acabou, portanto, revogando esta lei, conforme se analisará em seu respectivo tópico.

#### 8.2.4.2 A Lei nº 8.882/1994 e a Criminalização de Símbolos Nazistas

Quatro anos após sua promulgação, a Lei Caó foi objeto de nova inclusão, por meio da Lei nº 8.882/1994, agora do crime de: “fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo” (art. 20, § 1º), punido com a pena de reclusão de dois a cinco anos.

Esta lei foi proposta (PL nº 3261/1992) pelo então deputado, também judeu, Alberto Goldman (pelo PMDB/SP), sob a justificativa de que os meios de comunicação estavam noticiando, há algum tempo, a expansão de grupos nazifascistas no país, os quais estariam capitalizando adeptos em face do descontentamento popular frente à crise econômica por que atravessava o país. Ainda, segundo consta na justificativa, “os adeptos do movimento neonazista brasileiro, utilizando-se de uma pregação moralizante, adotam postura inegavelmente racista, quando, de forma violenta, colocam-se em posição de confronto contra judeus, nordestinos, negros e homossexuais” (BRASIL, 1992).

Quanto ao eventual conflito com a liberdade de expressão do pensamento, o autor da proposta afastou esta hipótese sob o argumento de que tais grupos não propõem discussão de ideias, mas as expressam de forma intimidatória, “valendo-se até do recurso da força, da selvageria, para discriminar e atingir determinados grupos sociais” (BRASIL, 1992).

O projeto da lei tramitou por aproximadamente um ano e seis meses até ser sancionada. O crime permanece em vigor, tendo sofrido uma simples modificação pela Lei nº 9.459/1997, analisada a seguir, que inseriu a pena de multa, cumulada à já prevista pena de reclusão.

#### 8.2.4.3 A Lei nº 9.459/1997 e a Ampliação da Lei Caó

A Lei Caó (7.716/1989) não contemplava, dentre seus tipos penais, a manifestação verbal do preconceito. Este crime foi introduzido, primeiro, pela Lei nº 8.081/90, para manifestação veiculada por meio de comunicação; e, depois, pela Lei nº 9.459/1997, que trata do “Crime de Preconceito” e que alterou os arts. 1 e 20 da Lei nº 7.716, bem como acrescentou um parágrafo ao art. 140 do Código Penal.

A Lei nº 9.459/97, portanto, introduziu novos tipos penais, não só à Lei Caó, como também ao Código Penal. Em primeiro lugar, alterou o art. 1º da Lei Caó, ampliando a abrangência de todos os tipos penais ali previstos. É que se introduziu no seu âmbito de proteção, ao lado da raça e da cor, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de etnia, religião ou procedência nacional.

À Lei Caó também foi introduzido o crime genérico de: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 20), com a pena de reclusão de um a três anos e multa. Este crime antes estava previsto tão-somente quando cometido pelos meios de comunicação (tal como incluído pela Lei nº 8.081/90).

A partir de então, a circunstância de cometer o crime “por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza” passou a ser uma qualificadora do tipo do art. 20, punida com a pena de reclusão dois a cinco anos e multa.

Ao Código Penal, foi introduzida a chamada injúria racial, que ocorre quando: “a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem” (art. 140, § 3º), a qual passa a ser punida com reclusão de um a três anos e multa. Isto é, trata-se de uma qualificadora da injúria, que, em sua modalidade simples, é punida com detenção de um mês a seis meses ou multa. Até então, não havia qualquer menção à raça no Código Penal.

Esta lei foi proposta pelo então deputado Paulo Paim (pelo PT/RS), por meio do PL nº 1.240/95, sob a justificativa de que “as práticas discriminatórias ou de preconceito de raça, cor, etnia e procedência nacional apresentam alarmantes índices de aumento” (BRASIL, 1995) e que precisam ser coibidos imediatamente. A Exposição de Motivos faz referência à importância da Lei Caó, mas aponta para a necessidade de aumentar a sua criminalização.

Ao lado de Paulo Paim, assinaram o projeto dois advogados: o criminalista, Antônio Bento Maia da Silva e Luiz Alberto da Silva, membro e ativista do Movimento Negro Unificado. Também contribuiu o Fórum de Entidades Negras do Rio Grande do Sul. Quer dizer, houve participação de representantes do Movimento Negro na elaboração do projeto, assim como as premissas da proposta partiram das conclusões não só do movimento social, como do acadêmico, cujas críticas constam do tópico dedicado à Lei Caó (4.3.2).

Quanto ao Movimento Negro, com a redemocratização, assistiu-se ao fortalecimento de suas organizações e à multiplicação e interiorização de suas entidades. O que refletiu no Direito produzido no período, como destaca Elisa Nascimento (2017, p. 211):

Nas décadas de 1980 e 1990, o movimento social afro-brasileiro cresceu e ganhou aliados, multiplicando o peso da denúncia a ponto de colocar na pauta das discussões de políticas públicas no país a formulação de propostas antidiscriminatórias e de ação compensatória ou afirmativa para a promoção da igualdade. Fruto desse processo foi um elenco considerável de dispositivos constitucionais e de legislação no sentido de criminalizar a discriminação racial, afirmar o caráter multicultural e pluriétnico de nossa sociedade.

Nesse sentido, um ano antes da proposição desta lei (nº 9.459/97), em 1994, foi proposta uma emenda constitucional pelo então deputado Florestan Fernandes (pelo PT/SP), para a inclusão de um capítulo “dos negros” na Constituição. A emenda reiterava a criminalização – como crime inafiançável – do preconceito de cor e da discriminação racial. Em seu pronunciamento em defesa da emenda, Florestan também revelou a insatisfação dos movimentos negros, os quais, segundo ele afirmou: “querem leis que modifiquem as relações raciais, a estigmatização degradante da ‘raça negra’, exterminem o racismo dissimulado e o genocídio invisível que os perseguem incansavelmente, malgrado a proteção constitucional” (FERNANDES, 2017, p. 149).

No ano seguinte, por sua vez, em 20 de novembro de 1995 ocorreu a Marcha Zumbi dos Palmares Contra o Racismo, pela Igualdade e a Vida. Iniciativa do Movimento Negro que, segundo seu documento, se “constitui num ato de indignação e protesto contra as condições subumanas em que vive o povo negro deste país em função dos processos de exclusão social determinados pelo racismo e a discriminação racial presentes em nossa sociedade” (MARCHA, 1995<sup>274</sup>).

O documento, entregue ao Governo Federal, previa um “Programa de Superação do Racismo e da Desigualdade Racial”. O programa era composto por oito tópicos: (i) Democratização da Informação; (ii) Mercado de Trabalho; (iii) Educação; (iv) Cultura e Comunicação; (v) saúde; (vi) violência; (vii) religião e (viii) terra. Dentre as demandas, destaca-se as seguintes: (a) “ampliação da legislação de forma a

---

<sup>274</sup> Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/marcha-zumbi-reune-30-mil-em-brasilia/docset/910>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

contemplar todas as situações em que o racismo e a discriminação racial se manifestam”; (b) “tipificação da conduta discriminatória no Código Penal”; (c) “punição exemplar dos crimes de extermínio de crianças e adolescentes e de tortura de presos comuns”; (d) “incluir no Plano Nacional de Direitos Humanos, a proposição de legislação que defina e puna a intolerância étnico-religiosa, assim como os preconceitos e estereótipos que estigmatizam os cultos de origem africana, de modo a dar cumprimento ao preceito constitucional que assegura o livre exercício religioso”.

O diagnóstico do Movimento, expresso no documento, era de que a Lei nº 7.716/89 “não prevê grande número de situações em que se manifesta o fenômeno discriminatório”. Tendo em vista o diagnóstico e as demandas destacadas acima, pode-se concluir que, em certa medida, a lei ora analisada – nº 9.459/97 – atendeu às reivindicações de ampliação dos tipos de racismo e de inscrever a discriminação no Código Penal.

O projeto tramitou em regime de urgência e, um ano e seis meses após sua apresentação, foi transformado em lei, sem alterações dignas de nota. A lei permanece em vigor até hoje, com complementações operadas pelas Leis nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e 12.033/2009.

#### 8.2.4.4 A Lei nº 10.741/03 e o Estatuto do Idoso

A partir de 2003, segundo as historiadoras Lilia Schwarcz e Heloísa Starling (2015), assistiu-se a uma ampliação democrática da República brasileira. O marco teria sido a posse de Luiz Inácio Lula da Silva na presidência combinada com a intensificação da mobilização dos movimentos sociais e, sobretudo, com sua interlocução com o governo federal.

Em 2003, por exemplo, são criadas, com *status* de ministério, a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (SPM) e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), ambas representando um importante canal de comunicação entre os movimentos sociais e o poder público. Além delas, foi também alçada ao *status* de ministério a Secretaria dos Direitos Humanos (que existia desde 1997 no interior do Ministério da Justiça).

Esta reorganização administrativa promoveu o incremento de políticas públicas de atenção aos respectivos movimentos sociais, bem como pode explicar o

incremento legislativo de atenção a determinados grupos sociais que se deu nesse período. Mesmo não sendo necessariamente de autoria das Secretarias, os projetos decorrem, muitas vezes, da articulação dos movimentos com as respectivas Secretarias e com o próprio fortalecimento dos movimentos. Além disso, percebe-se a inclusão nos Planos Nacionais das demandas formuladas pelos movimentos em Conferências organizadas nacionalmente.

Elisa Nascimento, diretora do Instituto de Pesquisas e Estudos Afro-Brasileiros (Ipeafro), por exemplo, afirma que “a partir de 2003, a implantação de políticas antidiscriminatórias fez do Brasil uma referência na América Latina e no Caribe no que diz respeito à busca de caminhos para superar o racismo e construir uma sociedade com igualdade de oportunidades” (2017, p. 215). Para corroborar sua afirmação, utiliza, como exemplo, as cotas, ações afirmativas e programas de inclusão, como o ProUni (Programa Universidade para Todos), que transformaram o ensino superior, e também programas de inclusão no mercado de trabalho. Todos esses avanços, segundo faz questão de afirmar, “são resultados da ação do movimento social no combate ao racismo” (NASCIMENTO, 2017, p. 215).

Nesse sentido é que as historiadoras caracterizam este momento como o que:

A agenda de direitos entrou na pauta do Estado, integra o debate público e possui uma ambiciosa vocação transversal: afirma direitos num contexto de desigualdades, ao mesmo tempo que contempla novos direitos capazes de conjugar, em pé de diferença, o tratamento igualitário de grupos sociais minoritários – os idosos, os homossexuais, as crianças (SCHWARCZ; STARLING; 2015, p. 502).

A aprovação do Estatuto do Idoso, por exemplo, se insere nesse contexto, assim como o Estatuto da Igualdade Racial e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, todos os três de autoria do senador Paulo Paim (PT/RS).

O Estatuto do Idoso é uma lei complexa – composta por 118 artigos, distribuídos em sete títulos – e que se preocupa, dentre outros temas, com a discriminação da pessoa idosa. Com isso, estabelece dois crimes relacionados a condutas discriminatórias, ambos punidos com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: (i) “discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade”

(art. 96, *caput*); e (ii) “desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo” (§ 1º).

Esta lei também alterou inúmeros dispositivos do Código Penal, com o intuito de incrementar a pena de determinados crimes, quando cometidos contra pessoa maior de 60 anos. Quanto a essas alterações, destaca-se, para os fins deste trabalho, a procedida no art. 140, § 3º, que o reescreveu da seguinte forma: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”. Assim, onde antes era punida de forma qualificada a injúria cometida com utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, foi introduzida a “condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”. A pena permanece a mesma.

O Estatuto do Idoso decorreu de proposta do então deputado Paulo Paim (pelo PT/RS), apresentada em agosto de 1997 na Câmara dos Deputados (PL nº 3.561), destinada a regular os direitos fundamentais e de cidadania do idoso. Só foi sancionado em 2003, isto é, seis anos e dois meses depois.

A justificativa apresentada por Paulo Paim partia da preocupação em torno do desconhecimento, “não só do próprio idoso como da população em geral sobre os seus direitos”. Quanto a isso, o deputado apresentou como exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que teria contribuído para o avanço no respeito aos direitos da criança e do adolescente. A intenção do Estatuto, ainda segundo o deputado, não é necessariamente a de proteger o idoso, mas principalmente de conferir-lhe respeito e de procurar aproveitar seu potencial produtivo.

O resultado final do Estatuto foi fruto do trabalho conjunto de parlamentares, especialistas das áreas de saúde, direito, assistência social e entidades e ONGs voltadas para a defesa dos direitos e proteção aos idosos. É que, em 24 de maio de 2000, por Ato da Presidência da Câmara, foi instituída uma Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer ao projeto. Nessa Comissão, ocorreram audiências públicas, foram recebidos documentos de entidades da sociedade civil e foram organizados Seminários Nacionais, com a participação de ONGs, da sociedade civil, do Ministério Público, do Ministério da Previdência e Assistência Social e do IPEA, para debater as condições de vida e direitos dos idosos no Brasil e avaliação dos projetos de Estatuto do Idoso; bem como Encontros Regionais de Comitiva Representativa da Comissão, para conhecimento da experiência das diferentes Regiões do País, com vistas à democratização do debate.



A representante do IPEA, Dra. Ana Amélia Camarano, enfocou no envelhecimento populacional como a grande conquista da Humanidade no século XX, a exigir mudança nas políticas públicas. Apresentou a evolução da expectativa de vida no Brasil, que passou de 32 anos, no início deste século, para 68 anos, naquele momento, fato decorrente de transformações na estrutura social, tais como do próprio papel da mulher e seu ingresso no mercado de trabalho e a queda na taxa de fecundidade, de 6,2 filhos, em 1960, para 2,4 em 2000. Assim como a redução da taxa de mortalidade, evidenciada pelos 14,2 milhões de pessoas maiores de 60 anos na virada do Século.

A proposta inicial do Estatuto não tinha qualquer repercussão penal, foi no Substitutivo, do Relator Silas Brasileiro (pelo PMDB/MG), da Comissão do Idoso, que entraram os dispositivos penais supracitados. Foi no Seminário Nacional promovido pela comissão, mais especificamente no Grupo Temático da Assistência Judiciária, que contou com a participação de membros do Ministério Público do Rio de Janeiro, que se explicitou a necessidade de tipos penais específicos, passíveis de ação penal pública incondicionada, para criminalizar a discriminação, o preconceito, o desprezo e a injúria em relação ao idoso.

O texto do Estatuto do Idoso procurou, enfim, aglutinar, em norma legal abrangente, todas as postulações dos idosos, relacionadas às linhas de ação das Políticas Públicas essenciais e a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, na defesa dos direitos desses cidadãos. Ele permanece em vigor, com alterações, até a atualidade.

#### *8.2.4.5 A Lei nº 12.033/2009 e a Injúria Racial*

A Lei nº 12.033/2009 torna pública condicionada, a ação penal decorrente do crime de injúria racial (isto é, com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, prevista no art. 140, § 3º). Para tanto, altera o parágrafo único, do art. 145, do Código Penal, para ali fazer constar que no caso do § 3º do art. 140, a ação penal procede-se mediante representação do ofendido.

Esta lei foi proposta pelo então deputado Paulo Rocha (pelo PT/PA), em fevereiro de 1999, por meio da apresentação do PL nº 36, dois anos após a aprovação

da Lei nº 9.459/97, que foi a que introduziu o § 3º no art. 140, do Código Penal, definindo o tipo penal da injúria caracterizada “na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem”. Mesma proposta já havia sido feita em 1997 (PL nº 3.540), pelo então deputado Luiz Alberto (pelo PT/BA), a qual restou arquivada em 1999, por ocasião do final da legislatura.

A justificativa apresentada pelo deputado Paulo Rocha repete a que já havia sido adotada pelo deputado Luiz Alberto, e afirma que a Lei nº 9.459/97 trouxe uma inovação legal importante, mas que não teria considerado o fato de que, em geral, “os agredidos ali referidos são pobres, não tendo condições de exercitar plenamente o direito de queixa pela impossibilidade de contratação de advogado ou mesmo desconhecimento dos serviços de assistência judiciária ou da Defensoria Pública” (BRASIL, 1999).

Com efeito, este crime, anteriormente, era de ação penal privada, o que implica a necessidade de contratação de advogado por parte do ofendido para seu processamento. Por isso esta proposta de tornar a ação deste crime pública, ainda que condicionada à representação. De modo que, nas palavras do deputado, “o ofendido, se assim o desejar, terá a certeza de que o procedimento será impulsionado pelo Ministério Público até o seu termo [...] conjugando-se o seu interesse pessoal com o interesse público, no sentido de afastar qualquer atitude discriminatória” (BRASIL, 1999).

Não há menção expressa ao Movimento Negro, mas o deputado responsável pela primeira proposição desta alteração legal, Luiz Alberto Silva dos Santos, é negro e identificado com o Movimento Negro<sup>275</sup>.

A lei foi aprovada mais de dez anos após esta segunda proposição, e doze anos após a introdução do tipo penal no Código Penal. O projeto passou por dois arquivamentos de fim de legislatura, em janeiro de 2003 e de 2007. O próprio deputado Paulo Rocha (PT/PA) solicitou o desarquivamento de sua proposição em março de 2007. Após este segundo desarquivamento, o projeto seguiu a tramitação

---

<sup>275</sup> Consta em sua biografia, publicada no site da Câmara dos Deputados, por exemplo, que foi Coordenador Nacional do Movimento Negro Unificado (1995-1998); recebeu condecorações como personalidade negra de uma série de entidades representativas dos Movimentos Negros; e participou como Delegado do I ao XI Congresso Nacional do Movimento Negro Unificado, entre outros Congressos e Seminários de combate ao racismo. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/layouts\\_deputados\\_biografia?pk=74133&tipo=1](http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/layouts_deputados_biografia?pk=74133&tipo=1). Acesso em julho de 2017.

legislativa que culminou em sua aprovação e sanção em setembro de 2009. A lei permanece em vigor.

#### *8.2.4.6 Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010)*

O Estatuto da Igualdade Racial é uma lei integral, composta por 65 artigos, distribuídos em quatro títulos – (I) disposições preliminares, (II) direitos fundamentais, (III) Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINPIR) e (IV) disposições finais. Seu objetivo, anunciado no art. 1º, é o de “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação<sup>276</sup> e às demais formas de intolerância étnica”.

Para tanto, a lei foca nas estruturas institucionais do Estado e no estímulo à adoção de políticas públicas e de ações afirmativas. Definitivamente, o foco aqui, para o combate à discriminação, não é penal. Entretanto, dentre os ajustes normativos operados pelo Estatuto da igualdade Racial para aperfeiçoar o combate à discriminação étnico-racial, há dispositivos penais, conforme se passará a analisar.

Os dispositivos que interessam analisar nesta tese são, sobretudo, os que provocaram alterações na Lei nº 7.716/89 – que criminaliza o racismo. É que foram incluídos cinco novos tipos penais, consistentes em, “por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”: (i) “obstar promoção funcional” (art. 3º, parágrafo único); (ii) “deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores” (art. 4º, §1º, I); (iii) “impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional” (art. 4º, §1º, II); (iv) “proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário” (art. 4º, §1º, III); e (v) “exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências” em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores. As penas foram mantidas no patamar entre dois e cinco anos, salvo

---

<sup>276</sup> Segundo o inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, considera-se “discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada”.

na conduta de “exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”, em que a pena prevista foi a de multa e de prestação de serviços à comunidade.

Houve uma alteração digna de nota também na Lei nº 10.778/2003, que é a que estabelece notificação compulsória de caso de violência contra a mulher atendida em serviço de saúde (que será analisada no seu respectivo tópico). O Estatuto da Igualdade Racial fez constar nesta lei que inclusive a violência decorrente de “discriminação ou desigualdade étnica”, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, configura violência contra a mulher, digna de ser notificada compulsoriamente. Esta medida atendeu demanda presente dentro dos movimentos das mulheres negras, como se pode perceber do seguinte trecho proferido por Sueli Carneiro:

As mulheres negras vêm há anos buscando alargar o conceito de violência contra a mulher, para além da agressão e do abuso sexual, pela introdução do conceito de violência racial entre as práticas que produzem dano físico, psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (CARNEIRO, 2011, p. 12).

A proposta de construção de um Estatuto da Igualdade Racial foi originalmente oferecida pelo então deputado Paulo Paim (pelo PT/RS), em junho de 2000 (PL nº 3.198). A intenção era a de “fomentar o debate contra o preconceito racial” e tinha como objetivo a construção de uma lei que se tornasse “um forte instrumento de combate ao preconceito racial e favorável às ações afirmativas em favor dos discriminados” (BRASIL, 2003). As ideias introduzidas na proposta, conforme consta da Exposição de Motivos, foram fruto de construção feita em grande parte pelo Movimento Negro.

A redação deste projeto, fruto de debates com o Movimento Negro, reunia, em 36 artigos, propostas nas áreas da saúde, educação, trabalho, cultura, esporte, lazer, acesso à terra e à justiça (SILVA, 2012).

Foi constituída comissão especial para apreciar o projeto, a qual realizou audiências públicas, seminários e visitas a alguns estados para debater o documento, além de receber subsídios de entidades ligadas ao tema racial (SILVA, 2012). Como resultado dos trabalhos da comissão, o relator, deputado Reginaldo Germano (pelo PFL/BA), apresentou parecer com substitutivo, incorporando alterações, dentre as quais, destaca-se:

a referência à elaboração de Programa Especial de Acesso à Justiça para a população afro-brasileira, contemplando a temática racial na formação das carreiras jurídicas e a criação de varas especializadas. Tendo em vista os óbices para imputação criminal do racismo, e até mesmo para acatamento de registros das queixas em departamentos policiais, essas ações revestiam-se de extremo significado e relevância (SILVA, 2012, p. 9).

Em maio de 2003, o então senador Paulo Paim (pelo PT/RS) apresentou novo projeto (PLS nº 213/2003), com o texto do último substitutivo elaborado e aprovado na Comissão Especial, mas que estava sem apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados. O documento passou pelas Comissões de Assuntos Econômicos (CAE), de Educação, Cultura e Esporte (CE), de Assuntos Sociais (CAS), de Constituição, Cidadania e Justiça (CCJ), onde sofreu mudanças significativas.

De fato, na CCJ, o projeto perdeu força normativa, assumindo a forma de uma peça meramente autorizativa. Conforme esclarece Tatiana Dias Silva (2012, p. 12): “O caráter cogente da proposição é retirado em vários pontos sob a alegação de que o texto incorria em usurpação de competências exclusivas de outros poderes”.

As mudanças não atingiram os cinco tipos penais que já constavam do PLS nº 213/2003. Mas atingiram o Programa Especial de Acesso à justiça para a População Afro-Brasileira, por exemplo. Segundo trecho do relatório da CCJ, este programa estaria incorrendo em usurpação de competência do poder judiciário e da administração pública, porque previa a criação de “delegacias e varas criminais para apuração e julgamento de demandas criminais e cíveis originadas da legislação antidiscriminatória e de promoção da igualdade racial” (BRASIL, 2003), o que seria de competência dos poderes supracitados.

Em novembro de 2006, o texto substitutivo foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara, que criou nova comissão especial para apreciá-lo, a qual, novamente, convocou audiências públicas e reuniões para discussão do documento. Nessa fase, são introduzidas novas alterações, como a substituição das expressões “afro-brasileiro(s)” e “afro-brasileira(s)” por “negros”, “mulheres negras”, “população negra brasileira” (SILVA, 2012).<sup>277</sup> Ainda, foi suprimido o capítulo específico “Dos Direitos da Mulher Afro-Brasileira”, sob a justificativa de que a questão de gênero “deveria ser abordada de modo transversal” (SILVA, 2012, p. 13).

---

<sup>277</sup> “Segundo o relator (ROBERTO, 2008, p. 36), ‘trata-se, ademais, de incorporar ao Estatuto a força semântica que a ideia de negritude adquiriu no movimento negro e na sociedade brasileira’” (DIAS, 2012, p. 12).

Em outubro de 2009, o texto foi aprovado na Câmara e retornou ao Senado, onde foi distribuído por diversas comissões. Na CCJ, a relatoria foi avocada por seu presidente, o então senador Demóstenes Torres (pelo PFL/GO). Em seu relatório, “ao defender que não existem raças no âmbito da genética, o parlamentar rejeita todas as expressões relativas a esse termo, bem como qualquer referência a uma identidade negra diversa da identidade nacional” (SILVA, 2012, p. 16). Além disso, retirou a subseção relativa ao sistema de cotas na educação, sob o argumento da prevalência do mérito. Para uma visualização ampla das principais modificações ocorridas durante a tramitação do Estatuto, indica-se a leitura do “Anexo II” desta tese, que traz um quadro comparativo com as propostas descartadas durante a tramitação e as que se mantiveram na redação final, realizado por Tatiana Dias Silva em pesquisa para o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada).

Enfim, após acordo no Senado, o texto foi aprovado em junho de 2010 e sancionado no mês seguinte, envolto em um intenso debate público. Os opositores tradicionais de políticas públicas com recorte racial, como não poderia deixar de ser, “reafirmaram a posição contrária ao estatuto, por acreditarem que medidas dessa natureza tenderiam a ‘racializar’ a sociedade brasileira e a provocar segregações exógenas à realidade nacional” (SILVA, 2012, p. 19).

A aprovação do Estatuto, entretanto, não teria sido consenso entre aqueles que defendem as políticas de promoção da igualdade racial.<sup>278</sup> Parte aprovou o Estatuto e a articulação governamental (protagonizada pela SEPPIR), reconhecendo que não se tratava da proposta ideal, mas:

avaliou-se que, dentro da conjuntura conflituosa e dissonante sobre o tema, seria este o estatuto possível, abrindo-se espaço para conquistas futuras, tanto por meio de uma regulamentação mais favorável aos seus anseios, como pela propagação de diretrizes e orientações presentes na norma (SILVA, 2012, p. 20).

Outra parte considerou que teria sido mais oportuno “esperar um momento político adequado para retomar o debate” (SILVA, 2012, p. 21) e não aprovar o texto com tantos recuos, poucas inovações e poucos benefícios concretos. O fato é que, ainda que o Estatuto fosse uma demanda do Movimento Negro, “houve poucos

---

<sup>278</sup> “Enquanto diversas entidades do movimento social se organizavam em abaixo-assinados e pedido de veto do presidente ao Estatuto (PASSA..., 2010; ENTIDADES pede..., 2010), outras ofereceram manifestações de apoio ao documento (A UNEGRO..., 2010; ENTIDADES manifestam..., 2010)” (SILVA, 2012, p. 21).

segmentos que promoveram uma defesa com entusiasmo do texto” (SILVA, 2012, p. 21). Afinal, de fato, os pontos mais concretos e que representavam demandas mais caras ao movimento, com significativo potencial de imediata intervenção na vida social, foram retirados.

### 8.3 A Lei nº 9.029/1995 e a Criminalização da Discriminação no Emprego

A Lei da Discriminação no Emprego (nº 9.029/1995) procura proibir a adoção de “prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade” (art. 1º), mas seus tipos penais estão voltados a práticas discriminatórias em detrimento tão-somente da mulher trabalhadora.

A lei define que constituem crime, as seguintes práticas: (i) “exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez” (art. 2º, I); e (ii) “adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS)” (art. 2º, II). Ambas condutas punidas com detenção de um a dois anos e multa.

Não há menção à responsabilidade criminal da pessoa jurídica<sup>279</sup>, mas há a possibilidade de sancioná-la por meio das cominações acessórias previstas no art. 3º, quais sejam:

- I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;
- II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

---

<sup>279</sup> Art. 2º. Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

### 8.3.1 Tramitação da lei

Esta lei foi resultado da união de três projetos de leis propostos por três parlamentares mulheres. Primeiro, foi proposta pela então deputada Benedita da Silva (pelo PT/RJ) uma lei que proibisse a exigência de atestado que comprove esterilidade ou gravidez de candidatas a emprego (PL nº 229/91). A este projeto, foram pensados outros dois projetos: o PL nº 677/91, da deputada Jandira Feghali (pelo PCdoB/RJ), que também tinha por escopo a “proibição da exigência de atestado de esterilização ou teste de gravidez para efeitos de admissão ou permanência no emprego”; e o PL nº 3.466/92, da deputada Maria Luiza Fontenele (pelo PSB/CE), o qual visava a criminalizar a coação em razão do sexo.

A proposta de Benedita da Silva era de uma lei sem repercussão penal, na medida em que previa como sanção o “pagamento em dobro dos salários relativos ao período compreendido entre a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto” (BRASIL, 1991). Sua justificativa era justamente a de coibir essas práticas “altamente discriminatórias e injustas para com as mulheres trabalhadoras” (BRASIL, 1991).

Da mesma forma, a proposta de Jandira Feghali não tinha foco criminal, mas havia previsão, em caso de segunda reincidência de prática discriminatória (consistente na exigência de atestado de esterilização, teste de gravidez ou revista íntima), de pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. Antes disso, as sanções previstas eram de admissão ou readmissão da trabalhadora, multa e suspensão do funcionamento da empresa, em caso de primeira reincidência. Sua justificativa fazia referência à luta das mulheres brasileiras e sua repercussão no processo de elaboração da nova Constituição Federal, que garante o direito e livre acesso ao trabalho sem discriminação e ainda prevê proteção ao mercado de trabalho da mulher. Apesar da garantia constitucional, a deputada advertiu que, na prática, ela não evitou com que a igualdade fosse desrespeitada em detrimento da mulher. Segundo a deputada, “várias empresas e empregadores exigem para admissão ou permanência da empregada no emprego teste de gravidez ou atestado de esterilização, ferindo preceitos constitucionais” (BRASIL, 1991).

Já a proposta de Maria Luiza Fontenele, trazia os crimes de “coagir mulher a submeter-se compulsoriamente a exame de gravidez” e exigir “que a mulher se submeta compulsoriamente a exame para comprovação de esterilidade”, ambos punidos com detenção de dois a quatro anos e multa. O objetivo de referida proposta,



tal como exposto em sua justificativa, era o de pôr fim a casos frequentes de mulheres que são despedidas ou não são aceitas em empregos se não se submeterem compulsoriamente a exames tendentes a verificar gravidez ou comprovar esterilização, conforme dados do relatório final da CPI sobre violência contra a Mulher, da Câmara dos Deputados. E concluiu: “a aprovação deste Projeto será importante passo da sociedade brasileira contra a violência de *gênero*, resgatando a dignidade da mulher, em prol de todos os cidadãos” (BRASIL, 1992).

O destaque ao termo “gênero” se dá por que, segundo apurado por esta pesquisa, trata-se da primeira aparição do termo em documento oficial de proposição legislativa no Brasil. Veja-se que tampouco havia aparecido na Carta das Mulheres Brasileiras à Constituinte de fins da década de 1980. É que, de fato, os próprios movimentos feministas passaram a utilizá-lo mais corriqueiramente no decorrer da década de 1990.

Segundo apuração de Sonia Corrêa, a expressão “gênero” passou a ser utilizada no âmbito das políticas públicas a partir de sua utilização na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD, 1993-1994), “cujo programa de ação constitui o primeiro texto resultante de uma negociação intergovernamental das Nações Unidas a adotar o termo gênero” (2011, p. 240). Este teria sido o momento de virada, a partir do qual o termo “gênero” fora absorvido para os vocabulários nacionais de política pública (CORRÊA, 2011).

Para além de uma mera “palavra”, gênero é uma categoria analítica, e sua absorção promove um verdadeiro giro nos feminismos, que passaram a se distanciar das “correntes estruturais e historicistas que até então informavam seus esforços” (CORRÊA, 2011, p. 341) e aproximar-se dos “discursos como fontes de normatização e hierarquia e preocupação com a variabilidade cultural dos significados de gênero das normas e práticas sociais” (CORRÊA, 2011, p. 341). Daí se explica o temor que os setores conservadores passam a ter – notadamente a partir dos anos 2000 – em relação ao termo, pois ele encerra, de fato, uma categoria analítica que desestabiliza as identidades até então entendidas como biológicas e, portanto, fixas. Essa discussão será trabalhada novamente no tópico dos “anos 2000 e o enfrentamento à violência contra a mulher”.

Voltando à tramitação da lei, a partir das três propostas, o então deputado Chico Vigilante (pelo PT/DF), na condição de relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, apresentou Substitutivo, em setembro de 1993, com

o formato que acabou se transformando na Lei nº 9.029/95. O Substitutivo foi aprovado nessa Comissão em agosto de 1993 e, em fevereiro de 1994, na Comissão de Constituição e Justiça. O Senado, em revisão, aprovou sem alterações e encaminhou à sanção presidencial em março de 1995. O então presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) sancionou a lei, sem vetos, em abril de 1995.

### 8.3.2 Contexto e Oportunidade Política

Os movimentos feministas, incluindo aí o das mulheres negras, vinham denunciando a prática de esterilizar mulheres no Brasil. Não só, as feministas, a partir da década de 1980, promoveram “ações contínuas contra as diversas formas de violência contra as mulheres, incluindo as denúncias sobre a incidência da violência sexual cometida nos espaços públicos, nas relações de trabalho, nas instituições do Estado e nas relações familiares” (BARSTED, 2016, p. 29-30).

Esta é, portanto, uma lei que atende aos anseios feministas e é encarada como uma conquista das mulheres. As próprias parlamentares que a encabeçaram a proposta são ligadas ao Movimento Feminista e fizeram referência a este em suas justificativas.

A propósito, é de se destacar, nesse período, a articulação dos movimentos feministas internacionalmente, conseguindo com que se desse visibilidade às distintas formas de violência contra as mulheres, fazendo com que “as mulheres fossem reconhecidas como sujeitos de direitos humanos, com necessidades específicas” (BARSTED, 2016, p. 18). Nesse contexto é que foi proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1993, a Declaração pela Eliminação da Violência Contra as Mulheres (1993, Resolução 48/104), que reconheceu a violência contra as mulheres como uma forma de discriminação e violação de direitos humanos. Nessa declaração e em vários outros documentos da ONU estão incluídas importantes recomendações para a criação e implementação de mecanismos de combate a esse tipo de violência.

Outro avanço importante, agora no âmbito regional e nacional, foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres – Convenção de Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos (OEA,

1994<sup>280</sup>), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 107, de 1995. Esta Convenção apresenta uma clara definição normativa de violência de gênero, qual seja: “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Como se analisará a seguir, esta Convenção foi o marco jurídico do movimento feminista brasileiro para a elaboração da “Lei Maria da Penha”.

É a partir da década de 1990, portanto, que as mulheres começam a tornar visível e a politizar a violência de gênero. O que vai repercutir no ordenamento nacional sobretudo a partir da década de 2000.

A Lei nº 9.029/95 permanece em vigor até hoje, tendo sofrido duas alterações. A primeira, pela Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), que fez constar que as penas pela discriminação no emprego não impedem a responsabilização por crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor.

A segunda, pela Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que, da mesma forma, fez constar que as penas pela discriminação no emprego não impedem a responsabilização por crimes resultantes de preconceito em razão de deficiência<sup>281</sup>. Além disso, introduziu, no art. 1º, que é o que determina ser “proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho”, o motivo de preconceito de deficiência e reabilitação profissional, ao lado dos que já continham: sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade. Incluiu, também, a cláusula genérica “dentre outros” neste artigo, com o que se abre a possibilidade de interpretar outros preconceitos como proibidos, como o de orientação sexual e de identidade de gênero, que ainda não estão formalmente reconhecidos.

---

<sup>280</sup> Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 16 de setembro de 2017.

<sup>281</sup> O Estatuto definiu o crime de discriminação em razão de deficiência em seu art. 88, da seguinte forma: Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência. Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. § 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

#### 8.4 A Lei dos Crimes de Tortura (nº 9.455/1997) e a Discriminação Racial

A Lei dos Crimes de Tortura definiu que é crime de tortura, dentre outros<sup>282</sup>, “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental [...] em razão de discriminação racial ou religiosa” (art. 1º, I, “c”). A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos; salvo se resultar lesão de natureza grave ou gravíssima, em que a pena será de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, ou se resulta morte, em que será de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos. A lei também estabelece que o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 1º, § 6º).

Esta lei foi proposta pelo Poder Executivo, que, por meio da Mensagem nº 664/94, assinada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB), encaminhou proposta ao Legislativo para definir os crimes de tortura. A Exposição de Motivos do Ministro da Justiça (Nelson Jobim) indicava a necessidade da tipificação dos crimes de tortura, em nome de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena, em 9 de dezembro de 1985 (e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 98.386/1989) e a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.<sup>283</sup> E também no fato de que a Constituição de 1988 dispõe que a lei considerará crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura (art. 5º, XLIII).

Na ocasião, havia, na Câmara dos Deputados, oito projetos de lei definindo o crime de tortura em tramitação, os quais, embora não tenham sido formalmente

---

<sup>282</sup> “Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.”

<sup>283</sup> Além das Convenções específicas, a tortura também é condenada pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

apensados à proposta do Poder Executivo, foram levados em consideração pelo Relator da Comissão de Direitos Humanos, o então deputado Pedro Wilson (pelo PT/GO), na elaboração de seu substitutivo.

Dentre os projetos, o relator destacou como o mais importante o de nº 4.783/90, também de autoria do Executivo, que introduzia o crime de tortura no Código Penal, no título relativo aos crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade e revogava a Lei de Segurança Nacional. Nele se considerava a tortura como um crime contra a humanidade, ao lado do terrorismo, do genocídio e do desaparecimento de pessoas. O projeto nº 2.462/91, do então deputado Hélio Bicudo (pelo PT/SP), também incluía a tortura em capítulo dos crimes contra a humanidade.

Em seu parecer, o relator da Comissão de Direitos Humanos afirmou que, apesar dos tratados internacionais, “a tortura continua a ser praticada regularmente pelos órgãos policiais brasileiros” (BRASIL, 1994<sup>284</sup>), para extrair informações, confissões forçadas, para a prática de extorsão ou como forma de punição. Situação, esta, reconhecida, como aponta o relator, oficialmente pelo governo, conforme o relatório apresentado em 1994 ao Comitê dos Direitos Humanos, como obrigação decorrente do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Na proposta inicial apresentada pelo Poder Executivo, não se fazia menção à discriminação racial ou religiosa. Foi no substitutivo que apareceu a discriminação como hipótese de tortura, da seguinte maneira: “a tortura também será caracterizada [...] para traduzir discriminação de qualquer natureza” (BRASIL, 1994), punida com reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos; salvo se resultar lesão gravíssima, em que será de 9 (nove) a 14 (quatorze) anos; grave, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos; morte, de 25 (vinte e cinco) a 30 (trinta) anos.

A discriminação era de qualquer natureza, o que pode se atribuir à influência da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, cujo art. 1º, que definia a tortura, fazia referência à discriminação de qualquer espécie, nestes termos:

qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou

---

<sup>284</sup> Disponível em

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1136696&filename=Dos sie+-PL+4716/1994](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1136696&filename=Dos%20sie+-PL+4716/1994). Acesso em julho de 2017.

seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em *discriminação de qualquer espécie*, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas (ONU, 1984).

A convenção, como se pode ver, considera tortura atos de violenta dor ou sofrimento (físico ou mental) infligidos intencionalmente a uma pessoa, por razão baseada em discriminação de qualquer espécie; enquanto a lei brasileira a limitou-se à discriminação racial e religiosa.

Quanto a isso, importante lembrar que o movimento negro apresentou, na Convenção Nacional do Negro pela Constituinte (1986), demanda pela criminalização da tortura, que apareceu também no documento da Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, pela Igualdade e pela Vida, de 1995.

O deputado Regis de Oliveira (pelo PFL/SP), relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, também apresentou substitutivo, diminuindo as penas<sup>285</sup> e retirando a menção à discriminação como hipótese de motivação de tortura. Em discussão no Plenário, foi oferecida emenda aglutinativa, a qual foi aprovada, com menção à discriminação racial ou religiosa. Esta emenda foi redigida pelos parlamentares Regis de Oliveira (PFL/SP), Vicente Cascione (PTB/SP), Zulaiê Cobra (PSDB/SP) e Hélio Bicudo (PT/SP). No seu relatório, não foi explicitado o retorno da discriminação, tampouco porque retornou só com a discriminação racial e religiosa.

Enviado ao Senado, em revisão, foi aprovado o projeto sem alterações e, subsequentemente, sancionado pelo Presidente da República, em 7 de abril de 1997, convertendo-se na Lei nº 9.455/1997, que permanece em vigor na atualidade.

---

<sup>285</sup> Quanto a isso, o relator esclareceu que “minha prática de magistrado me leva a crer que, se a pena for muito elevada e a prova não for absolutamente consistente, o juiz encontrará um fundamento para a não-punição. Como estamos querendo punir e como o grande problema que o país atravessa é exatamente o da impunidade, queremos penas que efetivamente sejam aplicadas aos respectivos réus e pelo menos sejam cumpridas” (BRASIL, 1994).

## 8.5 A Lei nº 10.803/2003 e o Preconceito Ingressa no Código Penal

A Lei nº 10.803/03 foi a primeira e única lei até hoje a introduzir expressamente o termo “preconceito” no Código Penal. Trata-se de uma causa de aumento de pena do crime de “redução a condição análoga à de escravo” (art. 149), se este for cometido por motivo de “preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem” (art. 149, § 2º, II).

O crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149) já vinha previsto desde a promulgação do Código Penal em 1940. O que a Lei nº 10.803/2003 fez foi reescrever este tipo penal, de modo a especificar condutas que se enquadram no dispositivo. Nesse sentido, apresenta-se na Quadro abaixo, para fins de visualização da reforma, a comparação da redação do tipo penal antes e depois desta reforma.

Quadro 16 - Código Penal x Lei nº 10.803/2003

| Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940)  | Lei nº 10.803/2003  |
|---|---|
| Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo.<br>Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. | Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:<br>Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.<br>§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:<br>I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;<br>II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.<br>§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:<br>I - contra criança ou adolescente;<br>II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. |

Fonte: Elaborado pela autora.

### 8.5.1 Tramitação da Lei

Esta reforma foi proposta em junho de 2002, pelo então senador Waldeck Ornelas (pelo PFL/BA), sob a justificativa de que, mesmo com a criminalização vigente, ainda havia trabalho forçado no Brasil, sobretudo na zona rural; e de que teriam havido apenas três condenações com base no crime do art. 149, do Código Penal (apuradas, segundo consta na exposição de motivos, a partir de 1995).

O senador utilizou, para tanto, dados da fiscalização do Ministério do Trabalho, os quais revelaram que, entre 1995 e 2001, teriam sido resgatadas mais de 3.400

peças. O senador utilizou como base, também, estimativas da Comissão Pastoral da Terra, que apontavam existir 25 mil pessoas submetidas a condições análogas a trabalho escravo no Brasil.

As poucas condenações, segundo diagnóstico do parlamentar, davam-se devido a uma dificuldade na prática de interpretação da expressão genérica “redução a condição análoga de escravo”, a que se reduzia o tipo penal até então. Essa generalidade foi criticada, inclusive, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), segundo relatado na Exposição de Motivos do senador Ornelas.

Com isso, a proposta foi de descrever no tipo penal do art. 149 as hipóteses de ocorrência de trabalho escravo e, com isso, facilitar a interpretação deste crime. Nessa proposta inicial não havia menção ao preconceito, que ingressou por ocasião do Substitutivo apresentado pelo Relator da Comissão de Constituição e Justiça, senador José Jorge (pelo PFL/PE), quem finalizou seu parecer elucidando as razões para tanto: “Por fim, na esteira dos documentos internacionais de repúdio ao racismo, parece-nos oportuno acrescentar causa de aumento da pena referente à redução a condição análoga à de escravo ‘por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem’” (BRASIL, 2002<sup>286</sup>, p. 22428).

A justificativa é dada, uma vez mais, em instrumentos internacionais e não é feita menção ao Movimento Negro. De qualquer forma, os documentos internacionais só vinham repudiando o racismo por obra da atuação dos Movimentos Negros ao redor do mundo, os quais vêm denunciando que, apesar de avanços legais, o racismo e a discriminação racial continuam a se manifestar.

### 8.5.2 Contexto e Oportunidade Política

Destaca-se, nesse período, a realização da III Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância<sup>287</sup>, ocorrido em Durban, na África do Sul, em 2001 e, portanto, pós-*apartheid* que vigorou nesta nação. É interessante observar que antes do fim do regime aparteísta da África do Sul, as discussões internacionais em torno ao racismo

---

<sup>286</sup> Disponível em:

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=22/11/2002&paginaDireta=22427>. Acesso em julho de 2017.

<sup>287</sup> As duas conferências precedentes, em 1978 e 1983, tiveram pouca repercussão, “inclusive porque realizadas em sede da própria ONU, em Genebra (o que lhes dava um aspecto de reunião rotineira, incapaz de atrair as atenções dos *media*)” (ALVES, 2002, p. 200).



limitavam-se a denunciar a existência do *apartheid* sul-africano (ALVES, 2002). Foi com o fim desse regime, em 1994, coroado com a posse de Nelson Mandela como Presidente, que se abriu caminho para que as discussões tivessem “uma visão mais nítida do racismo como fenômeno generalizado que é” (ALVES, 2002, p. 201) e não como algo restrito aos países que promovem segregação formal e oficial.

Com efeito, em uma época em que a igualdade formal entre as raças já estava estabelecida por lei em quase todos os países, “era preciso que o mundo ‘globalizado’ atentasse para as manifestações estruturais do racismo contemporâneo” (ALVES, 2002, p. 201). Para essa virada internacional de concepção a respeito do racismo enquanto global e estrutural, foi fundamental a atuação do Movimento Negro brasileiro, como destaca o diplomata que atuou na Conferência de Durban e é membro do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Lindgren Alves (2002, p. 201):

Vigorosamente denunciado no Brasil pelo movimento negro e por membros da Academia, tão disseminado no “Ocidente” que autores norte-americanos hoje falam da “brasilianização da América”, o racismo insidioso, consciente ou inconsciente, que mantém grandes contingentes populacionais em situação de inferioridade social é, quiçá, mais difícil de combater do que as manifestações ostensivas de inferiorização racial, na medida em que se dissimulam debaixo de direitos civis distorcidos.

E, de fato, graças à organização e articulação do Movimento Negro brasileiro, houve, no Brasil, uma preparação intensa para esta Conferência. Tendo envolvido o Governo e a sociedade civil, que promoveram uma Conferência Nacional para adiantar os principais pontos a serem levantados em Durban e adotados pelo Governo (Alves, 2002). Inclusive, foi durante esta preparação que o movimento de mulheres negras “encontrou o espaço e a legitimidade necessários para consolidar sua organização em nível nacional” (HERINGER; SILVA, 2011, p. 287), culminando no nascimento da Articulação de Organizações de Mulheres Negras Brasileiras (AMNB).

A Conferência de Durban deu origem a uma Declaração e a um Programa de Ação. Ambos os documentos são bastante extensos, a Declaração conta com 122 pontos e o Programa de Ação, 219 pontos. Ambos foram divididos em seis tópicos: (i) “questões gerais”, (ii) “origens, causas, formas e manifestações contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”, (iii) “vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”, (iv) “medidas de prevenção, educação e proteção com vistas à erradicação do racismo, discriminação

racial, xenofobia e intolerância correlata em níveis nacionais, regionais e internacionais”; (v) “estabelecimento de recursos e medidas eficazes de reparação, ressarcimento, indenização e outras medidas em níveis nacional, regional e internacional”; e (vi) “estratégias para alcançar a igualdade plena e efetiva, abrangendo a cooperação internacional e o fortalecimento das Nações Unidas e de outros mecanismos internacionais no combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”.

Segundo relato de Lindgren Alves (2002) foram muitos os pontos controversos na elaboração dos documentos. Por exemplo, na hora de definir quem seriam as vítimas, houve discussão a respeito de que grupos sociais seriam referidos no documento, afinal a expressão “intolerância correlata” no título da Conferência abria a possibilidade para que não se considerasse só a raça como categoria a ser protegida. A propósito:

os países ocidentais lato sensu, nesse caso liderados pelo Brasil, traziam ao proscênio o problema da discriminação por orientação sexual, sofrida pelos homossexuais, universal, mas ainda tabu em diversos meios e sociedades, não-reconhecida sequer como discriminação porque legalmente criminalizada em muitos países, por preconceito ou motivação religiosa (ALVES, 2002, p. 207)

Este pleito não foi atendido, tendo este dispositivo restado com a seguinte redação:

2. Reconhecemos que racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata ocorrem com base na raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica e que as vítimas podem sofrer múltiplas ou agravadas formas de discriminação calcadas em outros aspectos correlatos como sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem social, propriedade, nascimento e outros (DURBAN, 2001<sup>288</sup>).

Quanto ao Programa de Ação, foram determinadas uma série de medidas para instar os Estados a adotar. Interessa destacar, aqui, as voltadas ao Direito (Penal) e à legislação nacional, como, por exemplo, a seguinte:

68. Insta os Estados a adotarem, implementarem ou fortalecerem a legislação nacional e as medidas administrativas que, expressa e

---

<sup>288</sup> Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/07/declaracao\\_durban.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/07/declaracao_durban.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2017.

especificamente, se oponham ao racismo e proibam a discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata quer direta ou indiretamente, em todas as esferas da vida pública, de acordo com as obrigações observadas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial assegurando-se de que suas reservas não sejam contrárias ao objeto e ao propósito da Convenção (DURBAN, 2001).

Há, também, um tópico específico no Programa sobre “Ajuizamento de perpetradores de atos racistas”, que inicia com o seguinte dispositivo:

84. Insta os Estados a adotarem medidas eficazes para combater atos criminosos motivados por racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; a tomarem medidas para que tais motivações sejam consideradas fatores agravantes para os propósitos da sentença; para evitar que esses crimes fiquem impunes e para assegurar a força de lei (DURBAN, 2001).

Os documentos de Durban trazem, enfim, conceitos e compromissos importantes para o combate ao racismo estrutural, mas também com foco nas questões das mulheres (sobretudo as negras), dos povos indígenas e de imigrantes. Aqui é inegável o papel desempenhado pelas mulheres negras.

Com isso, conclui Lindgren Alves (2002, p. 219) que, apesar dos avanços não tomados:

Durban foi a melhor conferência que se poderia realizar sobre temas tão abrangentes, em condições tão adversas, numa situação internacional que, em adição à doxa econômica neoliberal (para falar com Bourdieu) avessa a preocupações sociais, já se mostrava cada dia menos favorável ao multilateralismo e à diplomacia parlamentar.

Claro que a partir dos documentos, inaugura-se uma nova luta da sociedade civil e dos movimentos sociais em particular, que é a de cobrar os Estados a instituírem as medidas em seus planos de ação. E esta é uma luta permanente. Tanto que, em 2013, a ONU baixou a resolução 68/237<sup>289</sup>, proclamando uma nova Década Internacional de Povos Afrodescendentes, com início em 1 de janeiro de 2015 e final em 31 de dezembro de 2024, com vistas, ainda, à implementação efetiva, por parte dos Estados-membros, da Declaração e do Programa de Ação de Durban.

---

<sup>289</sup> Disponível em: [https://nacoesunidas.org/img/2014/10/N1362881\\_pt-br.pdf](https://nacoesunidas.org/img/2014/10/N1362881_pt-br.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2017.

## 8.6 Anos 2000 e o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres

Se a década de 1950, foi marcada pela inclusão da questão racial no ordenamento penal brasileiro, a década de 2000 destacou-se pela atenção do legislativo à violência contra a mulher. Nesse sentido, foram sancionadas seis leis em torno deste tema: (i) a Lei nº 10.224/2001 (assédio sexual); (ii) a Lei nº 10.778/03 (violência de gênero), (iii) a Lei nº 10.886/04 (violência doméstica), (iv) as Leis nº 11.106/05 e nº 12.015/2009 (crimes contra a dignidade sexual), (v) a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e (vi) a Lei nº 13.104/15 (Lei do Feminicídio).

Para isso, foi fundamental a atuação do Movimento Feminista e sua articulação com o Estado. Nesse sentido, recorde-se que, no início do governo Lula, em janeiro de 2003, foi constituída a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), com *status* de ministério, e que impulsionou esta interlocução entre o movimento e as instituições. De fato, destaca Leila Barsted (2016, p. 33-4) que essa Secretaria “intensificou sua articulação com os movimentos de mulheres e incorporou no Plano Nacional Pró-Equidade de Gênero e no Pacto de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres as demandas apresentadas nas duas Conferências Nacionais de Mulheres<sup>290</sup>”. O que fez com que os próprios movimentos feministas reconhecessem a SPM como uma aliada na defesa de políticas públicas com a perspectiva de gênero (BARSTED, 2011).

Recentemente, em 13 de outubro de 2015, houve uma reorganização nos ministérios, de modo que as Secretarias de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir); de Políticas para as Mulheres (SPM); de Direitos Humanos (SDH) e a Nacional de Juventude (SNJ) foram unificadas (MP nº 696) para conformar o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos.

---

<sup>290</sup> “Em julho de 2004, [...] realizou-se em Brasília a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, que apresentou diretrizes para a política nacional na perspectiva da igualdade de gênero, considerando a diversidade de raça e etnia. Os resultados dessa I Conferência forneceram subsídios para o I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, elaborado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), que inclui, dentre suas áreas estratégicas, o enfrentamento à violência. Esse Plano definiu algumas metas para o período de 2005-2007: a integração de serviços em redes locais, regionais e nacionais; a instituição de redes de atendimento envolvendo um conjunto de instituições; aumento dos serviços de atenção à saúde da mulher em situação de violência; a ampliação do número de Deams [...] Como resultado da realização da II Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, em 2007, a SPM elaborou o II Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM) e, especificamente, voltado para a problemática da violência contra as mulheres, o Governo Federal aprovou o Pacto de Enfrentamento da Violência contra a Mulher” (BARSTED, 2011, p. 362).

Menos de um ano após essa medida, em 12 de maio de 2016, pós-*impeachment* da presidenta Dilma Roussef, foi publicada, no Diário Oficial da União, a Medida Provisória nº 726, que extinguiu o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos, cujas competências foram transferidas para o então criado Ministério da Justiça e Cidadania.

Esta última reorganização administrativa não foi bem recebida pelos movimentos sociais, que a encarou como um retrocesso que pode levar as políticas públicas novamente à invisibilidade. Jurema Werneck, coordenadora da ONG Criola e integrante da ONU Mulheres Brasil, em entrevista para o portal “Ponte”<sup>291</sup>, se diz crítica à atuação da SPM e da Seppir, mas admite que sua existência representava o reconhecimento de que tratar daqueles temas era importante e, com sua extinção, “essa janela desaparece e sua interrupção tira de nós a perspectiva de esperança de melhoria”.

Enfim, antes de se perguntar pelo futuro, vejamos os instrumentos legais aprovados no Brasil, em atenção à violência contra a mulher, a partir de 2001.

#### 8.6.1 A Lei nº 10.224/2001 e a Criminalização do Assédio Sexual

A Lei nº 10.224/2001 dispõe, ineditamente, sobre o crime de assédio sexual. Segundo a lei, configura assédio “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (art. 216-A). A pena para este crime introduzido ao Código Penal é de detenção de um a dois anos.

##### 8.6.1.1 Tramitação da Lei

A lei foi proposta em fevereiro de 1999 (PL nº 61/99) pela então deputada Iara Bernardi (pelo PT/SP), que partiu sua justificativa da ideia de que o assédio sexual é um desrespeito ao direito da igualdade entre os sexos, baseado na cultura da desigualdade de gênero nas relações sociais e profissionais, e que, para a superação

---

<sup>291</sup> Disponível em: <https://ponte.org/um-governo-sem-mulheres-sem-direitos-e-sem-igualdade-racial/>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

dessa desigualdade, são necessárias mudanças culturais e adequações legislativas. Além disso, a deputada destacou o protagonismo dos movimentos de mulheres em denunciar o assédio sexual e introduzi-lo na agenda pública, como se pode ver a seguir:

Embora não seja um comportamento novo, é recente a discussão pública sobre o tema. Nova é a forma de enfrentamento dessa questão e se manifesta por sua inserção nos debates relativos ao Direito em nível mundial e em diferentes documentos de conferências mundiais, provocada pela ação dos movimentos de mulheres. A proposta de tipificação do assédio sexual como crime previsto neste projeto de lei reflete tendências do Direito Internacional que buscam visibilizar formas de violência de gênero (BRASIL, 1999<sup>292</sup>).

O projeto originário da lei definia assédio sexual de forma mais abrangente, na medida em que dizia que assédio era o ato de “importunar alguém com o objetivo de obter favores de natureza sexual, abusando da relação de autoridade ou ascendência inerentes ao exercício de cargo ou função”. O verbo “importunar” é mais abrangente do que o verbo da redação final, “constranger”, que, tecnicamente, significa “forçar alguém a algo”. A pena, por sua vez (e, em decorrência, da maior amplitude do tipo), era mais baixa: detenção de três meses a um ano e/ou multa.

O projeto da deputada Iara Bernardi foi apreciado conjuntamente ao PL nº 858/99, apresentado pelo então deputado Freire Júnior (pelo PMDB/TO), que também definia o crime de assédio sexual, mas como o ato de “constranger alguém, por meio de palavras ou gestos, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de seu exercício profissional ou de sua autoridade perante a família”, com pena de reclusão de um a três anos e multa.

Em verdade, esclareceu o deputado, em sua exposição de motivos, tratar-se de reapresentação do projeto de lei que a deputada Raquel Capiberibe (PSB/AP) havia apresentado na legislatura anterior. Ele também enfatizou, na justificativa, que o assédio sexual ocorre principalmente contra a mulher, por uma maior vulnerabilidade física. Ele não incorporou o discurso do movimento feminista, para quem as mulheres são as maiores vítimas de assédio sexual não por desigualdade

---

<sup>292</sup> Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=32F7D6C28DCEBB5A4C3C04D9609C6B06.proposicoesWebExterno1?codteor=1127839&filename=Dossie+-PL+61/1999](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32F7D6C28DCEBB5A4C3C04D9609C6B06.proposicoesWebExterno1?codteor=1127839&filename=Dossie+-PL+61/1999). Acesso em 18 de agosto de 2017.

física, mas por desigualdade de poder nas relações sociais, marcada pela subordinação do gênero feminino ao masculino.

A proposição tramitou por mais de dois anos até ser encaminhada, em abril de 2001, à sanção presidencial. A Presidência vetou parcialmente o projeto. É que estava prevista uma causa de aumento caso o assédio ocorresse “prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade” ou “com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério”. O Ministério da Justiça recomendou este veto, sob a justificativa de que já havia, no art. 226, do Código Penal, causas de aumento de pena aplicáveis aos então chamados “crimes contra os costumes” com situações idênticas às descritas nos incisos vetados. O veto foi mantido pelo Congresso Nacional e este crime permanece em vigor até a atualidade.

#### 8.6.1.2 Contexto e Oportunidade Política

A criminalização do assédio sexual era, de fato, como já se afirmou, uma demanda do movimento feminista, que vinha, durante a década de 1990, enfocando em sua agenda política as violências contra as mulheres, dentre as quais o assédio sexual. A propósito, esta era uma demanda ainda mais antiga no interior dos movimentos das mulheres negras, como destaca Sueli Carneiro (2011, p. 13):

Embora pareça um debate novo em nossa sociedade, este tipo de relação faz parte também de nossa tradição cultural, que vem perpetuando até os nossos dias a prática, impunemente tolerada, de utilização das mulheres negras, especialmente as empregadas domésticas, como objetos sexuais, destinadas à iniciação sexual dos jovens patrões ou à diversão sexual dos mais velhos.

Com efeito, as entidades de defesa dos direitos das empregadas domésticas já vinham denunciando a persistência deste tipo de abuso que articula violência de gênero, classe e raça, como um verdadeiro *continuum* histórico que passou da mucama à doméstica (CARNEIRO, 2011).

A propósito, é importante destacar a importância que adquire, a partir dos anos 2000, o movimento das mulheres negras ou feminismo negro. Conforme já colocado, em setembro de 2000, foi fundada a AMNB, com o objetivo inicial de permitir o protagonismo das mulheres negras na Conferência de Durban, e que, após a

conferência, permaneceu ativa e dedicada a monitorar as recomendações e os planos de ação, bem como a formular estratégias de desenvolvimento inclusivo para o Brasil,

centradas na proteção e na promoção dos direitos; na geração de oportunidades no mundo do trabalho na cidade e no campo; na igualdade de tratamento na vida e no respeito à diversidade humana, sem racismo, sexismo, lesbofobia ou classismo seja para o Brasil ou para a América Latina (AMNB<sup>293</sup>).

Veja-se como este trecho combina preocupação em relação ao racismo, ao sexismo, à lesbofobia e ao classismo. Demonstrando como a interseccionalidade se mantém como a tônica dos feminismos contemporâneos.

#### 8.6.2 A Lei nº 10.778/2003 e a Definição de Violência de Gênero

A primeira lei federal<sup>294</sup> de atenção especial à violência contra a mulher foi a Lei nº 10.778/2003, a qual estabelece a notificação compulsória de caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde. Perceba-se que a lei do assédio sexual, por mais que esteja justificada na violência que as mulheres sofrem no mercado de trabalho, ela não é uma lei voltada exclusivamente às mulheres, pois seu tipo penal não restringe o gênero da vítima.

Apesar de ser uma lei sem repercussão propriamente penal, ela ingressou para o banco de dados desta tese porque foi a primeira lei a definir “violência contra a mulher”.

Sua definição, inclusive, é bastante interessante pois utiliza o termo “gênero” para se referir à violência contra a mulher. Este termo demorou a aparecer no interior dos movimentos feministas e, conseqüentemente, nos debates legislativos. A primeira utilização do termo no Congresso, segundo verificado neste trabalho, foi em 1992, pela deputada Maria Luiza Fontenele (pelo PSB/CE), na justificativa de seu projeto contra a discriminação das mulheres no mercado de trabalho.

---

<sup>293</sup> Disponível em: <https://amnbnasconferencias.wordpress.com/quem-somos/>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

<sup>294</sup> Quanto às leis estaduais, merece destaque a implantação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, a partir do final da década de 1988. Tanto que se tentou dispor sobre sua implantação em âmbito nacional na Constituinte de 1988, mas não constou da redação final.



O termo “gênero” enfrenta, até hoje, forte resistência no legislativo, sobretudo dos setores conservadores. Tanto que, na apreciação do projeto de reforma do Código Penal (PLS nº 236/2012), foi aprovada emenda (nº 809<sup>295</sup>), de autoria do senador Vital do Rêgo (pelo PMDB/PB), que pede a supressão do termo “gênero” de onde ele constar no Código (isto é: art. 75, III, *n*; art. 121, I; art. 129, § 7º, III; art. 143, § 1º; art. 249, III; art. 478; art. 479; art. 480; art. 481, I, *c*; e art. 486), sob a justificativa de que seria uma expressão sem definição consensual na doutrina e que não consta da tradição legislativa brasileira. O senador justificou-se, ainda, numa suposta “vasta literatura que denuncia o uso de tais conceitos mais como uma ‘ideologia de gênero’ do que propriamente como uma ‘política de gênero’” (BRASIL, 2012<sup>296</sup>). Quer dizer, há um receio conservador em admitir que gênero e sexo biológico não são necessariamente coincidentes.

Enfim, o fato é que a Lei nº 10.778/03, ainda em vigor, definiu a violência contra a mulher, sujeita à notificação compulsória, como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (art. 1º, § 1º). E segue:

§ 2º Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica e que:

I – tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;

II – tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; e

III – seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

§ 3º Para efeito da definição serão observados também as convenções e acordos internacionais assinados pelo Brasil, que disponham sobre prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

Referida lei foi proposta pela então deputada Socorro Gomes (pelo PCdoB/PA), em abril de 2001 (PL nº 4.493), apoiada nos números da pesquisa publicada pelo

---

<sup>295</sup> Emenda nº 809: “Exclua-se as expressões ‘gênero’, ‘identidade de gênero’, ‘identidade sexual’, ‘opção sexual’ e ‘orientação sexual’ onde se encontrar no texto do PLS n. 236, de 2012”.

<sup>296</sup> Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516828>. Acesso em 5 de setembro de 2017.

Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), segundo os quais “23% das brasileiras são sujeitas a agressões de maridos, pais, irmãos e filhos dentro dos próprios lares” (BRASIL, 2001<sup>297</sup>). De acordo com a exposição de motivos apresentada pela deputada, o projeto é inspirado na:

Luta árdua que o movimento de mulheres vem empreendendo há anos no combate à violência contra a mulher. Atende a reivindicação do movimento acerca da necessidade do serviço de saúde assumir também como sua responsabilidade a atenção à mulher em situação de violência, por esta ser uma temática da Saúde Pública (BRASIL, 2001).

De fato, o conhecimento produzido no interior do Movimento Feminista já apontava para a importância do sistema de saúde, dado o lugar estratégico que ocupa para a identificação, acolhimento e apoio às vítimas de violência, pois muitas não vão à Delegacia, mas procuram as emergências dos hospitais. E procuram o sistema de saúde não só quando sofrem violência, mas invariavelmente em algum momento de suas vidas.

Assim, como afirmou a deputada, o uso de um plano de ação para este atendimento é fundamental para “favorecer a confiança das mulheres e, em consequência, tornar visível as dimensões reais do problema e criar condições para seu enfrentamento” (BRASIL, 2001).

### 8.6.3 A Lei nº 10.886/2004 e o Crime de Violência Doméstica

Em junho de 2004, foi sancionada a Lei nº 10.886, que introduziu o “tipo penal” de “violência doméstica” no Código Penal (no art. 129, § 9º). Foi inserido como uma qualificadora da lesão corporal simples, com pena de detenção de seis meses a um ano (enquanto a pena da lesão simples é de três meses a um ano). Além disso, esta lei também introduziu uma causa de aumento de pena (de 1/3) às lesões corporais grave, gravíssima e seguida de morte, quando decorrentes de violência doméstica.

Com esta pena, o delito de violência doméstica (que redundasse em lesão leve) era considerado “infração de menor potencial ofensivo”, que são aquelas que têm pena máxima de até dois anos. Essas infrações foram definidas pela Lei nº

---

<sup>297</sup> Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20ABR2001.pdf#page=24>. Acesso em julho de 2017.

9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais como órgão competente para processá-las, mediante um procedimento sumaríssimo. Esse procedimento procura apresentar soluções rápidas para os conflitos, estimulando a conciliação entre as partes e evitando a aplicação de penas privativas de liberdade. Quando necessário, são aplicadas penas alternativas à prisão, sobretudo pecuniárias.

Ocorre que os conflitos de violência doméstica envolvem uma relação de desigualdade de poder e a forma simplista com que os Juizados acabaram por encarar os casos de violência doméstica acabou por estimular a desistência das mulheres de levar seus conflitos adiante. Não demorou para o movimento feminista perceber e denunciar a experiência das mulheres nos Juizados.

Segundo apurado por Leila Barsted (2011), cerca de 70% dos casos que chegavam aos Juizados Especiais Criminais envolviam situações de violência doméstica contra as mulheres, e do conjunto desses casos, “a grande maioria terminava em ‘conciliação’, sem que o Ministério Público ou o Juiz deles tomassem conhecimento e sem que as mulheres encontrassem uma resposta qualificada do poder público à violência sofrida” (BARSTED, 2011, p. 358-9).

Sem contar que, com a pena mínima inferior a um ano, os casos de violência doméstica (que redundassem em lesão corporal leve), eram suscetíveis, ainda, ao instituto da suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95), pelo qual os supostos agressores tinham direito a ver seu processo suspenso por um período de dois a quatro anos, desde que respeitadas determinadas condições.

Havia, portanto, quase uma “descriminalização” da violência doméstica leve no Brasil, o que, conforme passaram a denunciar os movimentos feministas, ia de encontro à Convenção de Belém do Pará, que considera a violência contra a mulher uma violação de direitos humanos. Com isso é que, por ocasião da elaboração da Lei Maria da Penha, uma das lutas travadas pelo movimento – vencida ao final – foi a de não aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95 aos casos que envolvessem violência doméstica contra as mulheres.

O conceito de violência doméstica adotado na Lei nº 10.886/04 é o de lesão praticada contra “ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. Um conceito mais simples e, ao mesmo tempo, mais inadequado do que o adotado na lei analisada anteriormente, uma vez que não traz o paradigma de gênero, que é ínsito à violência doméstica.

Esta lei foi proposta pela então deputada Iara Bernardi (pelo PT/SP), em fevereiro de 2003 (PL nº 3), sob a justificativa de que era necessário tratar de maneira diferente o delito praticado por um estranho do praticado por alguém de estreita convivência, como é o caso, conforme descreve a deputada, “de maridos e companheiros em detrimento de suas esposas, companheiras” (BRASIL, 2003<sup>298</sup>). Isso porque, segundo reflete a deputada: “o delito praticado por estranho em poucos casos voltará a acontecer [...], já o delito praticado por pessoa da convivência tende a acontecer novamente, bem como, pode acabar em delitos de maior gravidade, como é o caso do homicídio de mulheres” (BRASIL, 2003).

A justificativa ainda traz dados levantados pela Sociedade Mundial de Vitimologia, com sede na Holanda, que pesquisou a violência doméstica em 54 países e constatou que 23% das mulheres brasileiras estariam sujeitas à violência doméstica. Por fim, a deputada fez referência à então recente decisão (por ocasião do caso Maria da Penha vs. Brasil) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que recomendou ao governo brasileiro que promovesse de forma rápida e eficiente o julgamento criminal contra o agressor de Maria da Penha, bem como dispusesse de melhores leis para o enfrentamento à violência contra a mulher.

É de se admirar que por mais que a deputada admita na Exposição de Motivos da lei, por várias vezes, que se trata de um problema que vitima as mulheres, a redação da lei proposta não se expresse neste sentido. Isto é, a lei foi redigida de forma universal, como se fosse um problema que atingisse homens e mulheres igualmente.

#### 8.6.4 As Leis nº 11.106/2005 e nº 12.015/2009 e os Crimes contra a Dignidade Sexual

A Lei nº 11.106/2005 operou uma série de modificações no Código Penal, voltadas a eliminar visões preconceituosas e expressões discriminatórias em relação às mulheres. Nesse sentido, destacam-se as seguintes alterações: (i) incluiu o inciso V ao § 1º do art. 148, para tornar circunstância agravante dos crimes de sequestro e cárcere privado a finalidade libidinoso, e, em consequência, revogou os dispositivos

---

<sup>298</sup> Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=113717&filename=Tramitacao-PL+3/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=113717&filename=Tramitacao-PL+3/2003). Acesso em julho de 2017.

que dispõem sobre o crime de rapto; (ii) retirou o adjetivo “honesta” da expressão “mulher honesta” do tipo penal da posse sexual mediante fraude (art. 215); (iii) retirou o termo “mulher honesta” como única vítima possível do delito do atentado violento ao pudor mediante fraude, substituindo-o por “alguém” (art. 216); (iv) estabeleceu igualdade entre os sexos também no delito relacionado ao tráfico para fins de exploração sexual, substituindo “mulher” (como único gênero que poderia ser traficado), por “pessoa” (afinal, homens também podem ser explorados na prostituição); (v) adicionou novo tipo penal (art. 231-A), dispondo sobre “tráfico interno de pessoas”;<sup>299</sup> (vi) revogou uma série de dispositivos e crimes sexuais paternalistas, a saber: (vi.1) revogou os incisos VII e VIII do art. 107, excluindo das causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agressor ou com terceiro<sup>300</sup>;

---

<sup>299</sup> O “Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas” foi revogado pela Lei nº 13.344/2016, que “Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”.

<sup>300</sup> Imagine-se que os deputados – homens – que redigiram este artigo em 1940 consideravam que “o pior dano sofrido pela vítima de crimes sexuais era a dificuldade que ela teria para contrair matrimônio e constituir uma família, ante os valores morais da sociedade de então. Isso porque naquele tempo o casamento era uma garantia de sobrevivência para a mulher, que tinha no marido sua única fonte de sustento. Atualmente, a mulher exerce um papel econômico e social idêntico aquele que outrora era desempenhado apenas pelos homens. O casamento passou a ser uma opção e não mais uma necessidade, e, felizmente, a sociedade brasileira evoluiu para a compreensão de que os crimes sexuais ofendem violentamente as pessoas e não os costumes, causando danos de ordem física, psicológica e moral, que jamais serão reparados pelo casamento. Hoje, a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima beneficia apenas o agressor. Além de discriminatórios, os dispositivos em tela não protegem a mulher, devendo, sem dúvida, serem revogados. As hipóteses neles previstas, representam uma violação ao direito de a vítima pleitear a punição do seu agressor, já que a possibilidade ou não dela contrair matrimônio não se constitui no bem maior a ser tutelado” (Deputado Biscaia. BRASIL, 2003, disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=251806&filename=Tramitacao-PL+117/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=251806&filename=Tramitacao-PL+117/2003). Acesso em julho de 2017).

(vi.2) revogou o crime de “sedução” (art. 217)<sup>301</sup>; (vi.3) revogou o “rpto consensual” (art. 220)<sup>302</sup>; e (vi.4) revogou o “adultério” (art. 240)<sup>303</sup>

Esta lei partiu de projeto (PL nº 117/2003) da então deputada Iara Bernardi (pelo PT/SP), que já trazia algumas dessas alterações, mas que foi bastante incrementado pela Emenda de Plenário da então deputada Laura Carneiro (PFL/RJ) e pelo Substitutivo apresentado no Senado, pela Relatora da Comissão daquela Casa, a então senadora Serys Slhessarenko (pelo PT/MT).

As justificativas das parlamentares partiam da necessidade de retirar “anacronismos, estereótipos, preconceitos e discriminação em relação às mulheres” do Código Penal, os quais não mais se coadunariam com a “contemporaneidade de luta pela afirmação de igualdades” (BRASIL, 2003).

Essas mudanças do Código Penal foram, em grande parte, aquelas indicadas nas Recomendações do Comitê da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw), após a apresentação do Relatório Nacional Brasileiro, em 2004 (PITANGUY, 2011). O comitê chamou a atenção para a permanência no Código Penal de dispositivos e expressões discriminatórios contra a mulher, especialmente os artigos 215 e 216, que incluíam a exigência de ser a vítima uma “mulher honesta”, evidentemente discriminatória e

---

<sup>301</sup> “O Código Penal reflete o modelo da sociedade de 1940. De lá para cá, muitos valores foram modificados e preconceitos abolidos. Manter a tipificação para a sedução é aceitar o condicionamento de uma sociedade que, há mais de 60 anos, entendia ser a virgindade da mulher um bem jurídico penalmente relevante. Ressalte-se que o tipo penal sob análise não prevê qualquer forma de violência contra a mulher, que deve ter entre 14 e 18 anos, o autor se utiliza apenas da sua inexperiência ou justificável confiança, de comprovação quase impossível nos dias atuais. Deve-se considerar, ainda, que as relações sexuais praticadas, com grave ameaça, com violência real ou ficta, configuram o estupro” (BRASIL, 2003).

<sup>302</sup> “Os objetos jurídicos do crime de rpto consensual são o pátrio poder e a autoridade tutelar exercidos em relação à mulher maior de 14 e menor de 21 anos. Este dispositivo não se coaduna mais com a realidade atual, carecendo ser revogado. Há que se destacar que, de acordo com o novo código civil a mulher maior de 18 anos pode exercer todos os atos da vida civil, não se encontrando mais sob o pátrio poder, restando, assim, o presente artigo derogado pelo art. 5º do CC. Mesmo entendendo-se que o dispositivo, agora, refere-se a mulheres entre 14 e 18 anos, o rpto consensual não deve permanecer sob a tutela do Direito Penal. A parte especial do diploma legal só deve prever as condutas mais reprováveis pela generalidade das pessoas” (BRASIL, 2003).

<sup>303</sup> “O Direito Penal regula as relações do indivíduo com a sociedade, devendo intervir apenas nos casos de lesão a bens jurídicos fundamentais para a sua sobrevivência. Considerando que o adultério ofende apenas a honra do cônjuge, e não mais a sociedade como um todo, não deve ser tutelado pelo direito penal, havendo de gerar conseqüências somente na esfera cível, como grave violação de um dos deveres do casamento, qual seja, a fidelidade, a ensejar a separação judicial ou o divórcio. Ressalve-se que a evolução histórica do tratamento dado ao adultério, revela sua concepção nitidamente sexista, pois embora refira-se a homens e mulheres, dirige-se, de fato, ao adultério feminino. Tanto assim que até 1940 só se punia o adultério do homem se ele coincidissem com o concubinato, diferentemente do tratamento dado à mulher, sem mencionar os chamados crimes passionais em defesa da honra, cuja tese até pouco tempo era usada para justificar o assassinato da esposa adúltera” (BRASIL, 2003).

definida a partir de critérios morais. O Comitê também demonstrou preocupação com o artigo 107, que previa a extinção da punibilidade se o autor de delito sexual contraísse matrimônio com a vítima ou se esta contraísse matrimônio com um terceiro (BARSTED, 2011). Da mesma forma, foi revogado o crime de adultério, culturalmente utilizado para punir as mulheres.

O Substitutivo da senadora Serys Slhessarenko ia além da proposta da Câmara e propunha uma ampla reforma dos então chamados “Crimes Contra os Costumes”, propondo a denominação “Crimes Contra a Dignidade Sexual”. À época, o Deputado que relatou o Substitutivo do Senado, na Câmara dos Deputados, opinou pelo não acolhimento dessas reformas, pois entendia não ser cabível por meio de um Substitutivo a um projeto que já havia sido aprovado na Câmara e que nada dispunha sobre a matéria.

Quatro anos após a negação desta proposta, foi sancionada a Lei nº 12.015/2009, que, enfim, reformulou o Título dos então chamados “Crimes Contra os Costumes”, passando a denomina-lo “Crimes Contra a Dignidade Sexual”. É que no ano de aprovação da Lei nº 11.106/05, já foi apresentado projeto para a alteração deste título (PL nº 4850/2005), como resultado da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instaurada com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil – a CPMI da Exploração Sexual.

Além de alterar a denominação do Título VI, esta lei procedeu a alterações nos tipos penais existentes, aumentou penas, incluiu novos tipos penais, alterou ação penal e revogou dispositivos. Dentre as alterações, destaca-se as seguintes: (i) alteração do tipo penal do estupro (art. 216), que antes exigia conjunção carnal e só poderia ter mulher como sujeito passivo, agora abrange qualquer ato libidinoso e o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, a pena também foi aumentada, seja do estupro simples, seja das formas qualificadas (que resultam lesão corporal e morte); (ii) como consequência da alteração anterior, foi revogado o tipo do “atentado violento ao pudor” (art. 214); (iii) alterou a denominação do crime “posse sexual mediante fraude” para “violação sexual mediante fraude” (art. 215); (iv) alterou a denominação do capítulo “Sedução e Corrupção de Menores” para “Crimes Sexuais Contra Vulnerável”; (v) alterou a modalidade de ação penal dos crimes sexuais, que era privada (salvo nos casos em que a vítima não poderia prover às despesas do processo e de crime cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor

ou curador, em que a ação era pública condicionada), para pública condicionada (salvo se a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável, em que é pública incondicionada); e (vi) incluiu os tipos penais específicos de “estupro de vulnerável” (art. 217-A), “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” (art. 218-A), e “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável” (218-B).

Esta lei decorreu de projeto oriundo da CPMI da Exploração Sexual, do Congresso Nacional, que iniciou seus trabalhos em 2003 e os concluiu em 2004. A Relatora, deputada Maria do Rosário (pelo PT/RS), justificou sua necessidade nos relatos ouvidos na CPMI e sua exposição de motivos destacou a necessidade de punição especial e de ação penal pública quando o crime sexual for cometido contra vulnerável, a fim de evitar que “em juízo a presunção de violência seja analisada pelos magistrados de acordo com a compleição física das meninas que estejam à sua frente” (BRASIL, 2005<sup>304</sup>). Pois, segundo anunciou a deputada, na prática, pode-se constatar que muitas decisões judiciais penalizam a vítima.

Ambas as reformas citadas foram comemoradas pelo movimento feminista como um avanço de grande importância (BARSTED, 2011; PITANGUY, 2011; PIOVESAN, 2011).

#### 8.6.5 Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006) e os Mecanismos para Coibir a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

A Lei nº 11.340/2006, também chamada Lei Maria da Penha, porque impulsionada pela decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA no caso Maria da Penha Maia Fernandes<sup>305</sup>, é uma lei integral que “cria mecanismos

---

<sup>304</sup> Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=564750&filename=Tramitacao-PL+4850/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=564750&filename=Tramitacao-PL+4850/2005). Acesso em julho de 2017.

<sup>305</sup> Em abril de 2001, referida Comissão da OEA, órgão responsável pelo recebimento de denúncias de violação aos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção de Belém do Pará, atendendo denúncia do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), publicou o Relatório nº 54, estabelecendo recomendações ao Estado Brasileiro no caso Maria da Penha. A Comissão concluiu que o Estado Brasileiro não cumpriu o previsto no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará e nos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Recomendou o prosseguimento e intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher no Brasil.



para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. A lei é composta por 46 (quarenta e seis) artigos distribuídos em 7 (sete) títulos: (i) disposições preliminares; (ii) violência doméstica e familiar contra a mulher; (iii) assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar; (iv) procedimentos; (v) equipe de atendimento multidisciplinar; (vi) disposições transitórias; e (vii) disposições finais.

Como se pode perceber da composição dos títulos, trata-se de uma lei complexa, que procura enfrentar a violência doméstica e familiar contra a mulher a partir de várias frentes (integral): desde a definição de diretrizes para políticas públicas e ações integradas, tais como a implementação de redes de serviços interinstitucionais, promoção de estudos e estatísticas, implementação de centros de atendimento multidisciplinar; até a disposição sobre o procedimento judicial a ser adotado nos casos de violência doméstica, com a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e atendimento policial especializado para as mulheres.

Dentre as medidas contempladas na lei, interessa, neste trabalho, destacar as que guardem relação direta com a questão do preconceito e da discriminação contra as mulheres. Nesse sentido, o art. 2º já estabelece que toda mulher, “independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião”, tem seus direitos fundamentais assegurados pela lei, sobretudo o de viver sem violência. Tem-se, neste dispositivo, a primeira aparição expressa em lei do termo “orientação sexual”, que é repetida, ainda, no parágrafo único do art. 5º, para afirmar que as “relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

O conceito de violência adotado na lei limitou-se àquela ocorrida no âmbito das relações privadas contra a mulher. É o que dispõe o art. 5º:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A Convenção de Belém do Pará – que serviu de inspiração para a lei brasileira, como se detalhará a seguir – não se delimita à violência doméstica. Seu conceito de violência contra a mulher é mais amplo, na medida em que abrange a violência ocorrida também no âmbito público.<sup>306</sup>

Por outro lado, é interessante observar que a lei brasileira adota expressamente, no seu conceito de violência contra a mulher, a perspectiva de gênero, pois será violência aquela “baseada no gênero”. É o segundo diploma legal que utiliza este potente termo, o que não se repetiu, como será visto, na Lei do Feminicídio, e dificilmente voltará a aparecer, haja visto o episódio – já relatado – de supressão da expressão de todos os dispositivos do projeto de Código Penal.

Quanto ao Código Penal, foram tão-somente três alterações: (i) a inclusão de uma nova agravante genérica no art. 61, ao crime cometido “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica” (alínea “f”); (ii) o aumento da pena no delito de violência doméstica (art. 129, § 9º), que passa a ser de três meses a três anos (no lugar da pena de seis meses a um ano); e (iii) a inclusão de uma causa de aumento de pena de um terço ao tipo de “violência doméstica”, quando cometido contra pessoa portadora de deficiência (art. 129, § 11).

Ao Código de Processo Penal, a única alteração foi a inclusão de uma nova hipótese de admissão de prisão preventiva, específica aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando for necessária “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (art. 313, IV).

No mais, a lei criou um procedimento e um órgão próprio para o processamento dos casos que envolvam violência doméstica contra a mulher: o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Este juizado possui competência cível e criminal e, portanto, consegue abordar o conflito desde as suas variadas implicações. Com isso, a lei proibiu a competência dos Juizados Especiais para o processamento de casos de violência doméstica contra a mulher, bem como a aplicação de quaisquer

---

<sup>306</sup> Nesses termos: “Art. 2. Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra” (OEA, 1994).

institutos previstos na Lei nº 9.099/95, na medida em que concebe este tipo de violência como um conflito complexo, como “uma das formas de violação dos direitos humano” (art. 6º) e, logo, incompatível com a ideia de “infração de menor potencial ofensivo”.

#### *8.6.5.1 Tramitação da Lei*

A Lei Maria da Penha foi proposta, institucionalmente, pelo Poder Executivo, por meio da SPM (MSC 782/2004, transformado no PL nº 4559/2004). Mas tudo começou em 2002, quando o Movimento Feminista brasileiro se organizou sob a forma de um consórcio, que envolveu, sobretudo, juristas de seis ONG's e instituições, para a elaboração de um Anteprojeto de Lei. Ou ainda antes, em 1998 quando as ONG's CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) levaram o caso de Maria da Penha<sup>307</sup> para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA.

As demandantes denunciaram a tolerância do Estado brasileiro para com a violência doméstica ocorrida com Maria da Penha, já que, durante mais de 15 anos não se haviam adotado medidas efetivas para a solução de seu processo judicial. O caso estava se encaminhando para o que frequentemente acontecia em casos como este: sua impunidade pela passagem do tempo. A denúncia do específico de Maria da Penha, de fato, evidenciava um padrão sistemático de omissão e negligência do Estado (e do sistema penal, em particular) em relação à violência doméstica contra as mulheres não só no Brasil, como na maioria dos países.

Em 2001, sobreveio o resultado da demanda: a CIDH responsabilizou o Estado brasileiro por sua omissão, negligência e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres brasileiras e concluiu:

---

<sup>307</sup> Maria da Penha, em 1983, “fue víctima de un doble intento de homicidio por su entonces marido y padre de sus tres hijas, dentro de su casa, en Fortaleza, Ceará. El agresor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileño, economista y profesor universitario, le disparó por la espalda mientras ella dormía, causándole una paraplejia irreversible, entre otros graves daños a su salud. En una ocasión posterior, intentó electrocutarla en el baño [...] Hasta 1998, más de 15 años después del crimen, a pesar de dos condenas por parte del Tribunal de Jurados de Ceará (1991 y 1996), no hubo una decisión definitiva en el proceso y el agresor permanecía en libertad, debido a los sucesivos recursos contra las decisiones condenatorias” (MASIERO, 2017, p. 4).

que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Conclui também que essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres (CIDH, 2001<sup>308</sup>).

A Comissão estabeleceu, portanto, recomendações tanto de natureza individual – para o caso da Maria da Penha – como de natureza geral, consistente na adoção de políticas públicas para o país. Em outubro de 2002, quase vinte anos depois dos delitos, o processo do agressor de Maria da Penha finalmente termina e ele começa a cumprir sua pena.

É nesse contexto que o Movimento Feminista – consciente de que um elemento fundamental das demandas por políticas públicas sociais é sua formalização legislativa (BARSTED, 2011) – vem, no decorrer da década de 1990, desenvolvendo sua capacidade de proposição legislativa. Nessa preparação do movimento, destaca-se o estudo realizado pelo Cfemea (“Centro Feminista de Estudos e Assessoria”), sobre a situação dos projetos de lei que versavam sobre violência familiar em tramitação no Congresso Nacional. Havia, sobre este tema, seis projetos. Segundo o estudo, seus conteúdos não absorviam as reivindicações feministas e, se fossem aprovados, modificariam algumas leis, mas não atenuariam o problema da violência doméstica e familiar contra as mulheres (CALAZANS, 2011).

Com isso, em 2002, conformou-se um Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas<sup>309</sup>, para a elaboração de uma proposta de lei integral de enfrentamento à violência doméstica. O consórcio elaborou, durante

---

<sup>308</sup> Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2017.

<sup>309</sup> Formado por: CLADEM/Brasil – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher; CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação; CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria; IPE – Instituto para a Promoção da Equidade; THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; AGENDE – Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento; ADVOCACI - Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos.

aproximadamente dois anos, um anteprojeto de lei, baseado na Convenção de Belém do Pará, na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), nas resoluções e recomendações das Nações Unidas, no texto da Constituição de 1988 e de estudos comparados das legislações de diversos países, sobretudo da Espanha (MASIERO, 2017).

Este documento foi, primeiro, encaminhado às parlamentares do Congresso Nacional, as quais debateram com a Ministra da SPM e entenderam melhor que a apresentação do projeto ficasse a cargo da Secretaria, porque se propugnava modificações estruturais com incremento orçamentário, o que seria de competência exclusiva do Poder Executivo (BARSTED, 2011).

Em março de 2004, a SPM recebeu o anteprojeto do Consórcio, que serviu de base à elaboração do projeto do executivo. A ministra montou um Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004, com a finalidade de elaborar proposta de medida legislativa para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e integrado pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, na condição de coordenadora; Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública/MJ.

O Grupo elaborou uma proposta legislativa, apresentada à Câmara dos Deputados em dezembro de 2004. A Exposição de Motivos destacou que a proposta havia sido “amplamente discutida com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na temática, tendo sido objeto de diversas oitivas, debates, seminários e oficinas” (BRASIL, 2004<sup>310</sup>). A justificativa para a necessidade desta lei foi fundamentada em dados da realidade, em tratados internacionais e na responsabilização do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA, por sua omissão, negligência e tolerância com a violência doméstica contra as mulheres brasileiras.

---

<sup>310</sup> Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004). Acesso em julho de 2017

A necessidade de uma lei preocupada exclusivamente com as mulheres foi fundamentada, ainda, no entendimento de que “a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres” (BRASIL, 2004). Com efeito, na sequência da Exposição de Motivos, é colocado que há um sistema de dominação difundido na sociedade que considera natural uma desigualdade que é socialmente construída e que gera um campo fértil para atos de discriminação e violência que se “naturalizam” e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres.

Essa violência específica contra as mulheres foi demonstrada em dados. A Exposição de Motivos apresentou a Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a qual, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas.

Apresentou, também, pesquisa da Fundação Perseu Abramo, realizada em 2001, cujo resultado apontou:

A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segundos (apud BRASIL, 2004).

A lei visa, por fim, a “propiciar às mulheres [...] a cientificação categórica e plena de seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a fim de dotá-la de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito familiar e na sociedade” (BRASIL, 2004).

O projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde passou, primeiro, pela Comissão de Seguridade Social e Família, sob relatoria da Deputada Jandira Feghali (pelo PCdoB/RJ), que promoveu um amplo debate com a sociedade. Foi realizado Seminário “Violência Contra a Mulher: Um Ponto Final”, organizado por seis comissões permanentes da Câmara dos Deputados (Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Comissão de Legislação Participativa, Comissão de Finanças e

Tributação e Comissão de segurança Pública e Combate ao Crime Organizado) e com a participação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Todos esses eventos, contribuíram para a elaboração de uma proposta alternativa, “que viesse ao encontro dos anseios das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, e que incorporassem, verdadeiramente, as ricas e diferenciadas contribuições coletadas nas audiências públicas” (BRASIL, 2004).

Foi a partir deste Substitutivo, por exemplo, que as mulheres lograram o afastamento da Lei 9.099/95 (dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) dos casos de violência doméstica contra a mulher. O fundamento foi a Resolução da ONU, de 1993, segundo a qual “a violação de direitos humanos não pode ser considerada como crime de menor potencial ofensivo”.

O Projeto também passou pelas Comissões de Finanças e Tributação (sob relatoria da então Deputada Yeda Crusius – PSDB/RS) e da Constituição, Justiça e Cidadania (sob relatoria da então Deputada Iriny Lopes – PT/ES), as quais aprovaram o Substitutivo, sem emendas importantes. Aprovada em Plenário, foi encaminhada ao Senado, que também a aprovou. Assim, após aproximadamente dois anos de tramitação, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340, também chamada Lei Maria da Penha.

Esta lei, sem dúvida, “reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica” (CAMPOS, 2011, p. 9), e quem diz isso é Carmen Hein Campos, uma das juristas que participou do Consórcio de ONG’s feministas responsável pela primeira redação do anteprojeto. De fato, a elaboração desta lei registra a participação política dos movimentos feministas, colocando-os em uma nova posição como ator político.

#### 8.6.6 Lei nº 13.104/2015 – Lei do Femicídio

A Lei nº 11.104/15, também chamada “Lei do Femicídio”, introduziu no Código Penal uma nova hipótese de homicídio qualificado, denominada “femicídio”, que vem a ser o homicídio cometido “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino” (art. 121, § 2º, VI). A lei informa que há “razões da condição do sexo feminino” quando o crime envolve: (i) “violência doméstica e familiar” (art. 121, § 2º-A, I) ou (ii) “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (art. 121, § 2º-A, II).

Como se pode perceber, a lei não utilizou a expressão “gênero” para definir o feminicídio (tal como previsto no projeto originário). Mas, por outro lado, não se ateve à violência de âmbito privado-familiar, estendendo-se a todo homicídio contra a mulher que envolva “menosprezo ou discriminação”, independente de haver relação entre as pessoas envolvidas.

A lei ainda prevê causas de aumento da pena (de 1/3) para o feminicídio quando praticado: (i) “durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto” (art. 121, § 7º, I); (ii) “contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência” (art. 121, § 7º, II); ou (iii) “na presença de descendente ou de ascendente da vítima” (art. 121, § 7º, III).

#### 8.6.6.1 Tramitação da Lei

Esta lei decorreu de proposta proveniente do Relatório final da CPMI instaurada em 2011 para “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência” (Requerimento nº 4, de 2011-CN<sup>311</sup>). O requerimento para a criação desta CPMI partiu das parlamentares mulheres (senadoras e deputadas), as quais justificaram a medida em dados de violência contra a mulher e em casos concretos ocorridos naquele momento e que ganharam repercussão social.

Nessa justificativa, as parlamentares reconheceram a importância da Lei Maria da Penha, por ter inovado, ao estabelecer um novo tratamento à mulher, impondo maior rigor ao agressor; e também por ter mudado a forma como a sociedade percebe a violência contra a mulher<sup>312</sup>. Mas, apesar do avanço legislativo representado pela

---

<sup>311</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4280476&disposition=inline>. Acesso em julho de 2017.

<sup>312</sup> “El tema de la violencia doméstica es analizado por el DataSenado, en una serie histórica que se inicia en 2005. Cada dos años se realiza un nuevo informe, por medio de encuestas solamente a mujeres, que representan la opinión y la vivencia de la población femenina brasileña sobre la materia.

En esta encuesta, se suele preguntar a las entrevistadas si han oído hablar de la Ley “Maria da Penha”. Desde 2009, la encuesta registra un elevado porcentaje de conocimiento de la ley (el 78%) y, en 2011 y 2013, ya se ha aproximado a la totalidad de las encuestadas: 98% y 99%, respectivamente. Esta realidad alcanza a todos los segmentos sociodemográficos [...] Se percibe, con ello, que el nivel de conciencia del problema de la violencia doméstica ha ido ganando densidad” (MASIERO, 2017). Ainda, dados revelam que a maioria das mulheres já admite a possibilidade de que qualquer pessoa que tenha conhecimento de uma agressão física, possa



Lei Maria da Penha, a CPMI se mostrava necessária porque, é claro, ainda ocorriam casos de “enorme crueldade e violência contra as mulheres” (BRASIL, 2011), como demonstraram as parlamentares a partir dos dados e de casos de repercussão. É importante esta constante preocupação política em torno à violência contra a mulher, pois é fato que a lei será tanto mais eficaz, quanto mais políticas públicas de prevenção sejam traçadas.

Dentre os dados apresentados, está a pesquisa realizada pelo Instituto Sangari, em parceria com o Ministério da Justiça, que chegou ao resultado de que entre 1997 e 2007 foram assassinadas cerca de 41.532 mulheres. E também pesquisa realizada pelo Instituto Perseu Abramo, em 2010, que mostra que 40% das mulheres entrevistadas já haviam sofrido algum tipo de agressão. Essa pesquisa concluiu, segundo apontado na justificativa das parlamentares, que cinco mulheres são espancadas a cada 2 minutos no país.

Dentre os casos de repercussão citados pelas parlamentares, destaca-se o caso de Eliza Samúdio, que procurou a aplicação da Lei Maria Penha, solicitando, via Delegacia de Polícia, medida protetiva de urgência de afastamento, em virtude de estar sofrendo ameaças, lesões, cárcere privado e indução ao aborto por parte do progenitor de seu filho (o então goleiro Bruno Fernandes). Entretanto, o 3º Juizado de Violência Doméstica do Rio de Janeiro negou-lhe o pedido por considerar que Eliza não mantinha relações afetivas com Bruno. Esta interpretação fez com que o caso tivesse como desfecho a trágica concretização das ameaças de morte.

Por mais que seja passível de crítica a interpretação dada pelo Juizado à Lei Maria da Penha – já que Eliza, sim, declarou ter mantido relação afetiva com o agressor –, é verdade que a lei permite este tipo de interpretação, ao restringir seu âmbito de proteção às relações domésticas.

A partir disso, a conclusão a que as feministas têm chegado – e que se verificou no caso apresentado – é que a lei (Maria da Penha) existe, mas não garante o acesso efetivo de todas as mulheres ao seu âmbito de proteção. Inclusive, após os avanços legislativos conquistados, a luta dos movimentos feministas têm se voltado ao tema do efetivo acesso à justiça.

---

denunciar o fato às autoridades. Essa é a opinião de 60% das entrevistadas na pesquisa realizada este ano. Em 2011, apenas 41% admitiam a denúncia feita por qualquer pessoa (DataSenado, 2013).

Enfim, diante desses casos, a CPMI concluiu pela necessidade de uma lei que visasse à definição do feminicídio. Com isso, apresentou o PLS nº 292/2013, definindo o “feminicídio” já como uma qualificadora do homicídio, mas descrita da seguinte maneira:

A forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias: I – relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor, no presente ou no passado; II – prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte; III – mutilação ou desfiguração, antes ou após a morte (BRASIL, 2013, p. 1002).

A intenção das parlamentares, como afirma a relatora, senadora Ana Rita (pelo PT/ES), não tinha a pretensão de prevenir o cometimento deste crime, pois admitiam que o Direito penal não é o instrumento adequado para tanto, a intenção era, portanto, de denominação, como se pode ler no trecho abaixo:

A inclusão da qualificadora não visa prevenir o cometimento deste crime, pois não é o direito penal instrumento adequado à prevenção de condutas delituosas. O projeto pretende nominar circunstâncias características de um crime de gênero, que atinge as mulheres, e que se denomina de feminicídio. Dito de outra forma, a inclusão da qualificadora tem por objetivo nominar expressamente em que circunstâncias caracterizam o feminicídio. Ressalte-se que essa denominação encontra-se sustentada em recomendações internacionais.

De fato, por obra da atuação dos movimentos feministas ao redor do mundo, o tema do feminicídio começou a aparecer nas normativas internacionais. Dentro desse contexto e oportunidade política foi possível a aprovação do PLS nº 292/2013, ainda que não nos exatos termos do projeto originário. A definição de feminicídio, por exemplo, foi alterada durante a tramitação do projeto.

Originalmente, como já referido, o feminicídio estava definido, genericamente, como a forma extrema de violência de gênero, tal como o clássico conceito feminista (CAMPOS, 2015). Após discussão no Senado Federal, entretanto, foi aprovado o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), sob relatoria da senadora Gleisi Hoffmann (pelo PT/PR), que redefiniu o feminicídio como o homicídio contra a mulher por razões de gênero, nas circunstâncias de: “I) violência doméstica e familiar, nos termos da legislação específica; II) violência sexual; III) mutilação ou desfiguração

da vítima; IV) emprego de tortura ou qualquer outro meio cruel ou degradante” (BRASIL, 2013). Isto é, procurou-se delimitar as ocasiões em que se dá esta violência extrema de violência de gênero, para, com isso, depender-se menos da interpretação dos aplicadores do direito.

Na sequência, a Procuradoria da Mulher do Senado, representada pela senadora Vanessa Grazziotin (pelo PCdoB/AM), propôs um novo substitutivo, em que mantinha o feminicídio como morte por razões de gênero, mas apenas em duas circunstâncias: “I) violência doméstica e familiar; II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BRASIL, 2013). A intenção, conforme apontado pela senadora, foi de agrupar as circunstâncias de “violência sexual” e “mutilação ou desfiguração da vítima” sob a fórmula de “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, que é mais abrangente e, com isso, dá conta de “descrever outras situações de violência de gênero em que a mulher é discriminada ou tratada como mero objeto” (BRASIL, 2013<sup>313</sup>)

Este substitutivo ainda inovou, ao introduzir uma causa de aumento de pena de 1/3 até a metade, se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto (puerpério); contra pessoa menor de 14 e maior de 60 anos ou na presença de descendente ou ascendente da vítima. O objetivo de tal majorante seria o de “proteger a vítima que se encontra em situação de flagrante vulnerabilidade” (BRASIL, 2013) e “preservar a integridade psicológica da família da vítima, principalmente das crianças, que, nessas situações, sofrem danos psicológicos irreparáveis” (BRASIL, 2013).

O Senado aprovou este substitutivo, o qual foi, então, enviado à Câmara dos Deputados, onde tramitou como PL nº 8305/2014, sob relatoria da deputada Maria do Rosário (pelo PT/RS). Na Câmara, a expressão “razões de gênero” foi substituída por “razões da condição de sexo feminino”. A substituição foi necessária para atender aos anseios da bancada evangélica – a qual, como já dissertado acima, teme o termo “gênero”<sup>314</sup> – e, com isso, aprovar o projeto rapidamente. Com essa modificação na

---

<sup>313</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153180&disposition=inline>. Acesso em 27 de setembro de 2017.

<sup>314</sup> Nesta ocasião quem se pronunciou a respeito foi o deputado Evandro Gussi (pelo PV/SP): “parece-me que é, no mínimo, perigoso votar um projeto dessa natureza, em que, sobretudo com essa ideia ambígua de gênero, nós estejamos tratando duas pessoas com medidas diferentes, se de um lado temos a morte de um homem e, de outro, a morte de uma mulher. Poderíamos, sim, pensar – e reconheço o mérito do projeto quando ele fala da mulher que está grávida; reconheço o mérito do projeto quando fala da mulher que acabou de dar à luz. De fato, são méritos importantes que parecem, sim, ser qualificadores do tipo penal e que poderiam lhe agravar a pena. No entanto,

redação final, a lei foi aprovada e sancionada pela então presidenta da República, Dilma Roussef.

#### 8.6.6.2 Contexto e Oportunidade Política

Um dos motivos para os movimentos feministas passarem a se dedicar à construção de um marco teórico em torno ao “feminicídio” foi uma série numerosa e contínua de assassinatos de mulheres ocorridos na Ciudad Juárez, na fronteira norte do México, desde 1993 até hoje. As vítimas tinham tipo físico semelhante e foram submetidas a mortes perpetradas com excesso de crueldade, com evidência de agressões sexuais e torturas (SEGATO, 2016). A esta lista de semelhanças<sup>315</sup>, soma-se o fato derradeiro de que “nunca ningún acusado resultó verosímil para la comunidad y ninguna ‘línea de investigación’ mostró resultados” (SEGATO, 2016, p. 36).

Autoridades locais e formadores de opinião apressavam-se em atribuir aos assassinatos das mulheres os adjetivos de “crimes passionais”, “violência doméstica”, “abuso sexual”, “dívidas de tráfico”, “tráfico de mulheres”, entre outras (SEGATO, 2016). Explicações, estas, que não satisfaziam – e eram, de fato, insuficientes – a opinião pública e aos jornalistas<sup>316</sup> que investigavam os casos mais a fundo.

Segundo o marco interpretativo de Rita Laura Segato (2016, p. 51), os feminicídios de Ciudad Juárez, por mais que obedeçam ao dispositivo de gênero e resultem do caráter violento da estrutura patriarcal, não são crimes de gênero comuns, eles estariam mais próximos a “crímenes de Estado, crímenes de lesa humanidad”,

---

quando se coloca simplesmente essa ideia de feminicídio, surge-me uma preocupação muito grande de, em se ferindo o princípio da igualdade, tratar a pessoa humana de maneira diferente” (BRASIL, 2014). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>. Acesso em 27 de setembro de 2017.

<sup>315</sup> As semelhanças entre os casos é descrita por Rita Laura Segato (2016, p. 36): “Secuestro de mujeres jóvenes con un tipo físico definido y en su mayoría trabajadoras o estudiantes, privación de libertad por algunos días, torturas, violación ‘tumultuaría’ (como declaró en el foro el exjefe de peritos Oscar Máynez, más de 17 una vez), mutilación, estrangulamiento, muerte segura, mezcla o extravío de pistas y evidencias por parte de las fuerzas de la ley, amenazas y atentados contra abogados y periodistas, presión deliberada de las autoridades para culpar a los chivos expiatorios a las claras inocentes y continuidad ininterrumpida de los crímenes desde 1993 hasta hoy”.

<sup>316</sup> “Diana Washington Valdez, autora de *Cosecha de mujeres* (2005) y Sergio González Rodríguez, quién escribió el libro *Huesos en el desierto* (2002), recogieron numerosos datos que la policía descartó a lo largo de los años y llegaron a una lista de lugares y personas que tienen, de una forma u otra, relación con las desapariciones y los asesinatos de mujeres” (SEGATO, 2016, p. 37).

em que há um Estado paralelo que estaria permitindo a ocorrência desses fatos. E os ordenamentos jurídicos nacionais não possuem uma categoria jurídica para enquadrá-los e, com isso, carecem de procedimentos jurídicos eficientes para enfrentá-los. Mostrava-se necessário, portanto, criar uma nova categoria jurídica para enquadrar este fenômeno, já que as categorias “crime de gênero”, “sexual” ou “doméstico” não bastavam.

Com isso, as intelectuais feministas passaram a denominar esses crimes, de forma inédita, como feminicídio<sup>317</sup>. Quer dizer, adiantaram-se à própria criação do direito. Com efeito, “las mujeres han pasado a usar el término feminicidio como si ya existiera en el derecho” (SEGATO, 2016, p. 130). Com a intenção de:

agregar todos los asesinatos de mujeres por razones de género bajo la denominación de femicidio o feminicidio es interesante porque muestra el gran volumen numérico de estas muertes violentas en su conjunto; por otro, al enfatizar que existe un tipo de asesinatos de mujeres perpetrado, con frecuencia creciente, en contextos marcados por la impersonalidad, introduciremos retóricamente en el sentido común patriarcal el carácter público de la experiencia femenina y validaremos su victimización como problema del interés general (SEGATO, 2016, p. 149).

Esta construção da categoria “feminicídio” é, para Rita Laura Segato (2016, p. 131), uma “concepción mucho más democrática de la función jurídica”, já que decorrente de uma produção social. As mulheres se deram conta e apropriaram a ideia de que “si bien solamente algunas pueden ser ‘operadoras del derecho’, todas pueden ser ‘operadoras del discurso del derecho’” (SEGATO, 2016, p. 131). E, na medida em que as mulheres se apropriam e criam Direito, maiores as chances de sentirem-se titulares dos direitos reconhecidos formalmente e, com isso, capazes de fazer com que os direitos sejam respeitados na prática (sejam eficazes).

Com efeito, a partir da denúncia dos movimentos feministas, os homicídios de mulheres ingressaram na agenda pública internacional e o termo “feminicídio” começou a se difundir nos documentos internacionais. Assim que em 2009, o termo foi utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na sentença

---

<sup>317</sup> “O termo feminicídio (*femicide*) é atribuído a Diana Russel, que em 1976 o utilizou para referir a morte de mulheres por homens pelo fato de serem mulheres como uma alternativa feminista ao termo homicídio que invisibiliza aquele crime letal (...) Por sua vez, a expressão feminicídio foi cunhada por Marcela Lagarde, a partir do termo feminicídio (*femicide*) para revelar as mortes de mulheres ocorridas em um contexto de impunidade e conivência do estado” (CAMPOS, 2015, p. 105).

do caso conhecido como “Campo Algodonero”<sup>318</sup>, para definir homicídios motivados por razões de gênero e ocorridos em um contexto de discriminação e violência contra a mulher (CAMPOS, 2015). Depois, em 2012, o MESECVI (Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará) expressamente recomendou aos Estados-partes:

6. Adotar medidas para prevenir e punir o femicídio, tanto no âmbito privado como público. Dar seguimento à aplicação das mesmas pelos e pelas juízas e promotoras de justiça, e remover, quando necessário, os obstáculos judiciais que impedem as e os familiares das vítimas obter justiça ou atenuar a pena para o agressor que alega “violenta emoção” (OEA, 2012, p. 97 *apud* CAMPOS, 2015, p. 107).

Quanto à legitimidade, entendida como recepção de demanda do movimento social implicado, neste caso o feminista, não há dúvidas de que esta lei está legitimada socialmente, ao denominar o “femicídio”. Resta a dúvida, entretanto, a respeito da legitimidade da causa de aumento de pena previsto no § 7º (quando o feminicídio é cometido contra mulher grávida, pessoa menor de 14 e maior de 60 ou na presença de descendente ou ascendente da vítima). Conforme coloca Carmen Hein de Campos (2015, p. 113), “O aumento da pena nessas circunstâncias [...] expandiu a proposta original da CPMI de dar visibilidade à conduta feminicida e incrementou o poder punitivo”. Partindo desta premissa, a autora tende a concluir que referido aumento estaria “inadequado, inclusive porque algumas dessas circunstâncias já são causa de agravamento [genérico] da pena” (CAMPOS, 2015, p. 113).

Por outro lado, é verdade, conforme destaca ainda Carmen Campos (2015), que dados a respeito da violência doméstica na gestação justificam esta causa de aumento de pena. Por exemplo:

Pesquisa realizada na Universidade de Campinas, em 2006, observou que 19,1% e 6,5% das gestantes entrevistadas relataram ter sofrido violência psicológica e física, respectivamente (Audi, et al., 2008) [...] Estudo semelhante foi realizado em uma unidade de saúde da cidade do Rio de Janeiro e constatou que 5,1% das entrevistadas relataram violência durante a gestação (Santos, Simone et al., 2010, p. 487 *apud* CAMPOS, 2015, p. 113).

---

<sup>318</sup> CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO, de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)>.

De qualquer forma, os próprios pesquisadores responsáveis pelos dados coletados, apontam não haver “consenso sobre a gravidez ser o fator de risco” (Audi et al., 2008<sup>319</sup>, p. 878 *apud* CAMPOS, 2015, p. 113). A hipótese é de que fatores sociais<sup>320</sup> sejam mais significativos para a violência durante a gestação do que a gestação em si. Com isso, fica claro que este *plus* punitivo, sobretudo no que diz respeito à idade da vítima ou à presença de ascendente ou descendente, não correspondem exatamente à demanda do movimento feminista.

Desde a aprovação da lei, houve um aprofundamento na produção de dados a respeito de assassinatos de mulheres, como, por exemplo, o “Mapa da Violência de 2015: homicídios de mulheres no Brasil”. No mapa, concluiu-se que, entre 2006 e 2013, enquanto os índices de homicídio de mulheres brancas caíram 2,1%, os de mulheres negras aumentaram 35%. Além disso, constatou-se que, em 2013, o número de homicídios contra mulheres no Brasil foi 48 vezes maior do que o registrado no Reino Unido, o que fez o Brasil ocupar a 5ª posição internacional no ranking das taxas de feminicídios (WAISELFISZ, 2015).

Débora Diniz (2015), em pesquisa sobre os homicídios por violência doméstica contra mulher no Distrito Federal, concluiu que as mulheres negras têm três vezes mais chance de serem vítimas do crime do que mulheres brancas na capital federal. Além disso, no contexto doméstico e familiar, as mulheres negras e pobres são as que mais denunciam a violência.

Diante desses dados, percebe-se a importância da mobilização dos feminismos negros e, mais do que isso, que sua produção influencie os discursos sociais e do direito, em especial. Pois serão elas que revelarão os dilemas jurídicos frente a padrões históricos discriminatórios, como que se percebe na aplicação da própria lei maria da penha, que tem produzido resultados opostos no que tange às mulheres brancas e negras. Por isso que Ana Flauzina pontua que: “Há poucas vozes de mulheres negras influenciando os debates, com a necessária atenção às

---

<sup>319</sup> AUDI, Celene Aparecida; SEGALL-CORREA, Ana M.; SANTIAGO, Sílvia M. et al. Violência doméstica na gravidez: prevalência e fatores associados. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 42, n. 5, out. 2008.

<sup>320</sup> “Inúmeros fatores estão associados à violência na gestação, dentre os quais a baixa escolaridade, a união não estável, ser a gestante ou ambos responsáveis pela família e ter na infância presenciado ou sofrido algum tipo de violência. O uso de bebida alcoólica pela gestante aumentou em quatro vezes a chance de sofrer violência física/sexual e mais de duas vezes em situação conjugal não estável (Audi et al., 2008, p. 880). O fato de ser adolescente também é fator de risco (Santos, et al., 2010, p. 488-489)” (CAMPOS, 2015, p. 113).

especificidades que as dinâmicas de raça e gênero imputam às apropriações do referido marco legal" (FLAUZINA, 2015, p. 118).

Angela Davis (2017<sup>321</sup>) ressalta justamente essa ideia, quando diz que “os movimentos de mulheres negras é o movimento social mais importante atualmente”, pois, como ela diz, “quando a vida negra realmente importar, isso significará que todas as vidas têm importância” (tradução da autora).

E as mulheres negras brasileiras estão atendendo a esta necessidade e se desenvolvendo fortemente. Tanto que Angela Davis (2017), na conferência proferida em julho de 2017, na UFBA, afirmou que “neste momento, o movimento das mulheres negras brasileiras representa o futuro do planeta” (tradução da autora). Esta também é a impressão de Sueli Carneiro, quando, em entrevista para a Revista Cult, coloca que o cenário atual está bastante preocupante, em termos de um racismo cada dia mais explícito e violento, mas que a “boa notícia é que nenhum movimento social se renova tanto quanto o negro. E a segunda boa notícia: nunca tivemos um ativismo tão vibrante e tão capaz de vocalização como neste momento, sobretudo das mulheres negras (CARNEIRO, 2017, p. 17).

Nesse contexto, destaca-se a “Marcha das Mulheres Negras contra o Racismo e a Violência e pelo Bem Viver”, ocorrida em Brasília, no dia 18 de novembro de 2015, como um momento fundamental para este fortalecimento do movimento das mulheres negras brasileiras. É que a marcha foi produto de ação política das mulheres negras que abrangeu todo o território, além disso, a marcha promoveu o resgate de grupos em inatividade e o surgimento de novos coletivos feministas negros e, claro, produziu e difundiu conhecimentos sobre a “resistência das mulheres negras brasileiras contra todas as diferentes formas de opressão” (LEMOS, 2016, p. 137). Isto é, contra sexismo e o racismo, mas também contra o capitalismo e a lesbofobia, “com a perspectiva de tencionar a ordem vigente e propor uma nova ordem social” (LEMOS, 2016, p. 139). Objetivamente, as demandas da marcha apontavam para:

O fim do feminicídio; a investigação de todos os casos de violência e assassinatos; o fim do racismo e sexismo produzidos nos veículos de comunicação; o fim dos critérios e práticas racistas e sexistas no ambiente de trabalho; a garantia de atendimento e acesso à saúde; o

---

<sup>321</sup> Conferência "Atravessando o tempo e construindo o futuro da luta contra o racismo", proferida na Universidade Federal da Bahia, em 25 de julho de 2017, com transmissão ao vivo pela internet. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6CdrOqPE7Rs>. Acesso em 27 de setembro de 2017.



fim do desrespeito religioso e, a garantia da reprodução cultural de nossas práticas ancestrais de matriz africana (LEMOS, 2016, p. 141).

Assim, a Marcha foi uma ação política que demarcou um momento de resistência contra as relações sociais baseadas em práticas racistas, na discriminação de gênero, de orientação sexual, religiosa e de classe (LEMOS, 2016). Demonstrando que a interseccionalidade está no âmago do movimento de mulheres negras no Brasil, uma interseccionalidade que não fraciona ou sectariza lutas e complexidades de uma pessoa, mas que “tenta dar conta das mais variadas formas de ser e viver e que rompe com sistemas de dominação sexistas, racistas, classistas e que consagram a normatização obrigatória da heterossexualidade” (PIRES, 2016, p. 172).

Também em novembro de 2015, entre os dias 3 e 5, aconteceu, na PUC-Rio, o I Seminário Internacional “Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024)”. Felizmente, para esta tese, o evento teve seus anais publicados, pela editora Brado Negro, com o que é possível conhecer os discursos ali produzidos. Falaram 12 mulheres “da diáspora negra latino-americana e caribenha” (FLAUZINA; PIRES, 2016, p. 9), sobre os temas: (i) relações raciais em Cuba e crítica à colonialidade (ROMAY GUERRA, 2016); (ii) Representação social da mulher negra (XAVIER, 2016); (iii) Escola de Teoria Crítica Racial (CONCEIÇÃO, 2016); (iv) Genocídio da população negra pelo sistema de justiça criminal e seus efeitos para o Estado e para a própria população negra (FLAUZINA, 2016); (v) Feminismo descolonial, como propositor de projetos políticos para uma transformação social que enfrente as opressões imbricadas (de raça, de sexo, de sexualidade e geopolítica) (CURIEL, 2016); (vi) A resistência vivida pela mulher negra apresentada na entrevista da Mãe Beata de Yemanjá à Thula Pires e Malu Stanchi, que fala sobre sua vivência, sobre luta, sobre identidade, preservação da cultura negra<sup>322</sup>; (vii) Mulheres negras e sua trajetória de enfrentamento à violência em todas as suas formas, sexismo, discriminação, racismo (THEODORO, 2016); (viii) Papel das primeiras negras, protagonistas de ações pioneiras de resistência contra o racismo, o sexismo e as discriminações de classe (LEMOS, 2016); (ix) a atuação dos movimentos negros na constituinte de 1987/88 (PIRES; SANTOS, 2016); e (x) cinema negro (OLIVEIRA,

---

<sup>322</sup> Em determinado momento ele fala que detesta a palavra “intolerância” e odeia a palavra “tolerância”, pois não se trata de obrigar as pessoas a tolerarem umas as outras, o que se quer é respeito. Como diz a Mãe Beata de Yemanjá: “Eu quero que você me respeite. Respeito é lei. Respeito tem uma condição, respeito é o nosso grito. Respeito é a nossa defesa. Respeito é lei. Intolerância, não” (YEMANJÁ, 2016, p. 95).

2016). Como se pode perceber, a questão criminal não é uma questão central para essas mulheres.

Como consequência e desafio no Pós-Marcha das Mulheres Negras 2015, fica-se com as palavras de Sueli Carneiro (2017, p. 19), para quem:

O desafio das mulheres negras agora é, enquanto vanguarda e liderança desse movimento, explicitar e propor o projeto político emancipatório que podemos oferecer para todas as mulheres do Brasil. Creio que esse projeto deve se sustentar na proposição de um novo pacto racial e de um novo contrato sexual, que desaloje as hierarquias de gênero e raça instituídas, em prol da realização da equidade e igualdade de homens e mulheres e negros e brancos.

Por fim, outro paradigma de direitos ainda não recepcionados na agenda política nacional é o que corresponde às demandas específicas dos transfeminismos ou do movimento trans.

## 8.7 Conclusão do Período

No período da redemocratização ou da Nova República foram aprovadas 17 leis com repercussão penal que têm como foco o enfrentamento de situações de preconceito ou discriminação em razão de raça, sexo, gênero ou orientação sexual. Das quais, nove (53%) foram aprovadas durante os dois mandatos de Lula. Ainda, nove (53%) decorreram de iniciativas de parlamentares do PT; duas, do PMDB; uma, do PDT; uma, do PSDB (quando partiu do Executivo chefiado por Fernando Henrique Cardoso); uma, do PFL e; uma, do PCdoB.

Das nove leis que tiveram como foco a categoria “raça”, cinco (56%) decorreram de parlamentares negros; e duas de judeus. Das oito leis que visam às mulheres, praticamente todas foram produto da atividade de parlamentares mulheres: seis (75%) foram propostas diretamente por deputadas mulheres, uma foi proposta pelo Executivo, mas decorrente de articulação da Secretaria de Política para Mulheres e outra foi proposta pela CPMI da violência contra a mulher, cuja instauração havia sido requerida pela bancada feminina.

As condutas punidas podem ser divididas em quatro grupos: (i) os crimes de práticas discriminatórias de obstar acesso por preconceito (de raça ou de sexo); (ii) os crimes de opinião, que envolvem a divulgação ou propagação de ideias

preconceituosas ou discriminatórias (em razão de raça, etnia, religião, procedência nacional, pessoa idosa, portadora de deficiência e até mesmo orientação sexual, se considerada a justificativa apresentada por Goldman na defesa da criminalização do nazismo); (iii) os crimes comuns agravados pela motivação discriminatória ou de preconceito, como o de redução a condição análoga a de escravo (preconceito de raça, etnia, religião ou origem) e a tortura (discriminação racial ou religiosa); e (iv) os crimes que receberam uma nova denominação, como os crimes contra a liberdade sexual, o assédio sexual, a violência doméstica e o feminicídio.

Pós-Constituição de 1988 e ainda no mandato de José Sarney, foi sancionada uma lei e no mandato de Collor, seguido de Itamar, duas leis. Neste primeiro período da redemocratização, temos leis preocupadas, sobretudo, com a questão racial, todas provenientes do Legislativo, por parlamentares implicados com a respectiva causa, na medida em que temos a proposta de um negro (do PDT) e dois judeus (ambos do PMDB), preocupados com o preconceito em razão de raça, etnia e com a propagação do nazismo. Recordando que, ao justificar sua lei, Alberto Goldman referiu que grupos nazistas também promovem discurso de ódio em detrimento da orientação sexual das pessoas. Com isso, pode-se considerar que tal lei também tem em vista a proteção desse grupo social.

Quadro 17 – Leis Mandato Collor (1990-1992) e Itamar (1992-1994)

|                         | <b>Lei 7.716/89</b>  | <b>Lei 8.081/90</b>   | <b>Lei 8.882/94</b>   |
|-------------------------|--|---|---|
| <b>Proposta</b>         | Legislativo.<br>Dep. Carlos Alberto Caó (PDT/RJ). PL 668/88.   | Legislativo. Dep. Ibsen Pinheiro (PMDB/RS). PL 5239/90  | Legislativo. Dep. Alberto Goldman (PMDB/SP). PL 3261/92.  |
| <b>Tramitação</b>       | 7 meses.   | 4 meses.  | 1 ano e 6 meses.  |
| <b>Categoria</b>        | Raça ou cor.   | Raça, religião, etnia e procedência nacional.   | (Raça)<br>(Orientação sexual)   |
| <b>Condutas punidas</b> | Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor: (I) Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; (II) negar ou obstar emprego em empresa privada; (iii) recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; (iv) recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; (v) Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar; (vi) Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; (vii) Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público; (viii) impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades; (ix) Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos; (x) Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido; (xi) impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas; (xii) | Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. | § 1º Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. |

|                              |  |   |  |
|------------------------------|--|---|--|
|                              | Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. |   |  |
| <b>Pena</b>                  | Penas variam de 1 a 5 anos de reclusão.  | 2 a 5 anos.   | 2 a 5 anos.  |
| <b>Vigência</b>              | Não consta revogação expressa.   | Revogada pela Lei 9.459/97.                             | Revogada pela Lei 9.459/97.  |
| <b>Justificativa oficial</b> | Práticas racistas na sociedade. Ineficácia da Lei Afonso Arinos.                             | Lei Caó não criminalizou a propagação da discriminação. | Expansão de grupos nazifascistas no país noticiada nos meios de comunicação. |
| <b>Gatilho</b>               | Aprovação da Constituição de 1988.   | Não identificado.                                       | Notícia.   |
| <b>Movimento Social</b>      | Favorável à criminalização, mas em outros termos. Crime de lesa humanidade.                  | Não identificado.                                       | Não identificado.  |

Fonte: Elaborado pela autora.

As três leis giraram em torno à Lei Caó e a média na tramitação das leis foi de aproximadamente nove meses.

Nos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (FHC), foram aprovadas quatro leis, duas de atenção às mulheres (propostas por mulheres alinhadas à oposição ao governo) e duas de atenção à raça (uma proposta por parlamentar negro de oposição e outra proveniente do Poder Executivo). A média de tramitação foi de aproximadamente dois anos e sete meses. Possivelmente o prazo maior de tramitação se dê devido à maioria das propostas, aqui, decorreram dos partidos da oposição ao governo de então.

Quadro 18 - Leis Mandato FHC (1995-2002)

|                              | <b>Lei 9.029/1995</b>  | <b>Lei 9.455/97</b>   | <b>Lei 9.459/97</b>   | <b>Lei 10.224/01</b>  |
|------------------------------|--|---|---|---|
| <b>Proposta</b>              | Legislativo. Dep. Benedita da Silva (PT/RJ). PL 229/91. Dep. Jandira Feghalli. PL 677/91. Dep. Maria Luiza Fontenele. PL 3.466/92.   | Executivo. MSC 664/94.  | Legislativo. Dep. Paulo Paim (PT/RS). PL 1.240/95   | Legislativo. Dep. Iara Bernardi (PT/SP). PL 61/99.  |
| <b>Tramitação</b>            | 4 anos e 1 mês.  | 2 anos e 8 meses.   | 1 ano e 6 meses.  | 2 anos e 3 meses.   |
| <b>Categoria</b>             | (Mulher)   | Raça e religião.  | Raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.   | (Mulher)  |
| <b>Condutas punidas</b>      | Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:<br>I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;<br>II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:<br>a) indução ou instigamento à esterilização genética;<br>b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). | Art. 1º Constitui crime de tortura: [...] c) em razão de discriminação racial ou religiosa; | Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.<br><br>Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional<br><br>§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. | Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. |
| <b>Pena</b>                  | 1 a 2 anos e multa.  | Varia de 2 a 16 anos.   | 1 a 3 anos e multa. Salvo do nazismo, que permanece de 2 a 5 anos, cumulada com multa.  | Detenção, de 1 a 2 anos.  |
| <b>Vigência</b>              | Não consta revogação expressa.   | Não consta revogação expressa.  | Não consta revogação expressa.  | Não consta revogação expressa.  |
| <b>Justificativa oficial</b> | Coibir práticas discriminatórias. Luta das mulheres brasileiras. CPI sobre a violência contra a mulher.  | Compromissos internacionais. Constituição de 1988.  | Aumentar criminalização da Lei Caó. Alarmantes índices de aumento de práticas discriminatórias.   | Assédio sexual é um desrespeito à igualdade entre os sexos, baseado na cultura da desigualdade de gênero. Movimento de mulheres.  |

|                         |   |   |   |  |         |
|-------------------------|---|---|---|--|---------|
|                         |   |   |   | Tendência Internacional.                       | Direito |
| <b>Gatilho</b>          | Relatório final da CPI sobre a violência contra a mulher (?)  | Não identificado.                                     | Não identificado.   | Não identificado.                              |         |
| <b>Movimento Social</b> | Movimento Feminista vinha denunciando a prática de esterilizar mulheres, bem como a violência contra as mulheres nos espaços públicos e privados. | Movimento Negro demandou a criminalização da tortura. | Representante do Movimento Negro Unificado assinou o projeto. | Movimento feminista denunciava assédio sexual. |         |

Fonte: Elaborado pela autora.

Nos dois mandatos de Lula, foram aprovadas nove leis, cinco de atenção à mulher e quatro de atenção à raça. A média de tramitação foi de aproximadamente quatro anos. Essa média consideravelmente mais elevada que a dos períodos anteriores deve-se ao fato de que os Estatutos – do Idoso e da Igualdade Racial – tiveram uma tramitação mais longa, de mais de seis e de dez anos respectivamente, assim como a Lei nº 12.033/2009, que foi proposta ainda em 1999.

Quadro 19 - Leis Mandato Lula I (2003-2006)

|                         | Lei 10.741/03<br>Estatuto do Idoso.  | Lei 10.778/03   | Lei 10.803/03   | Lei 10.886/04  | Lei 11.106/05   | Lei 11.340/06   |
|-------------------------|--|---|---|--|---|---|
| <b>Proposta</b>         | Legislativo. Dep. Paulo Paim (PT/RS). PL 3.561/97.   | Legislativo. Dep. Socorro Gomes (PCdoB/PA). PL 4.493/01.  | Legislativo. Sen. Waldeck Ornelas (PFL/BA). PLS 161/02.   | Legislativo. Dep. Iara Bernardi (PT/SP). PL 3/03.  | Legislativo. Dep. Iara Bernardi (PT/SP). PL 117/03.   | Executivo. MSC 782/04.  |
| <b>Tramitação</b>       | 6 anos e 2 meses.  | 2 anos e 7 meses.   | 1 ano.  | 1 ano e 4 meses.   | 2 anos e 1 mês.   | 1 ano e 8 meses.  |
| <b>Categoria</b>        | Raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.  | Mulher.   | Raça, etnia, religião e origem.   | Ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro ou relação de domesticidade.  | (Mulher)  | Mulher. Orientação sexual.  |
| <b>Condutas punidas</b> | Art. 140, § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. | Para os efeitos desta Lei, deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. | Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. [...] § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. | Art. 129. Violência doméstica § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. | (Eliminou do Código Penal visões preconceituosas e expressões discriminatórias em relação às mulheres). | Lei integral x violência doméstica e familiar contra a mulher. [...] Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. |
| <b>Pena</b>             | 1 a 3 anos e multa.  | (Procedimento)  | reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.  | detenção, de 6 meses a 1 ano.  | X   | (aumentou pena da violência doméstica do Código Penal p/ 3 meses a 3 anos).   |

|                              |   |   |  |  |  |  |
|------------------------------|---|---|--|--|--|--|
| <b>Vigência</b>              | Não consta revogação expressa.  | Não consta revogação expressa.                            | Não consta revogação expressa  | Não consta revogação expressa.   | Não consta revogação expressa.   | Não consta revogação expressa.   |
| <b>Justificativa oficial</b> | Desconhecimento da população sobre seus direitos.                               | Dados violência doméstica. Luta do movimento de mulheres. | Ineficácia instrumental da criminalização até então vigente. Dados da fiscalização do Ministério do Trabalho. Documentos internacionais de repúdio ao racismo. | Dados sobre violência doméstica. Decisão da CIDH no caso Maria da Penha. | Retirar anacronismos, estereótipos, preconceitos e discriminações em relação às mulheres do Código Penal. Luta pela afirmação de igualdades. | Dados de violência doméstica. Tratados internacionais. Decisão da CIDH x Brasil. Sistema de dominação naturaliza violência x mulher. |
| <b>Gatilho</b>               | Eleição de Lula (?)   | Não. Identificado.  | Não identificado.  | Não identificado.  | Recomendações do Comitê da CEDAW.  | Decisão CIDH.  |
| <b>Movimento Social</b>      | Participou da redação do projeto, mas não especificamente do dispositivo penal. | Movimento feminista demandava serviço de saúde.           | Não identificado.  | Demandava a criminalização da violência doméstica.                       | Formulou relatório paralelo para a apreciação do Comitê da CEDAW.  | Elaborou anteprojeto da lei e participou de toda tramitação.   |

Fonte: Elaborado pela autora.

Quadro 20 - Leis Mandato Lula II (2007-2010) e Dilma (2011-2015)

|                              | Lei 12.015/09  | Lei 12.033/09   | Lei 12.288/10<br>Estatuto da Igualdade Racial.   | Lei 13.104/15   |
|------------------------------|--|---|--|---|
| <b>Proposta</b>              | Legislativo. CPMI da Exploração Sexual (Relatora Dep. Maria do Rosário – PT/RS). PL 4850/05. | Legislativo. Dep. Paulo Rocha (PT/PA). PL 36/99.  | Legislativo. Dep. Paulo Paim (PT/RS). PL 3.198/00.   | Legislativo. CPMI da Violência contra a mulher. PLS 292/13.   |
| <b>Tramitação</b>            | 4 anos e 5 meses.  | 10 anos e 7 meses.  | 10 anos e 1 mês.   | 1 ano e 8 meses.  |
| <b>Categoria</b>             | (Mulher)   | Raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.   | Raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.  | Mulher. Sexo feminino.  |
| <b>Condutas punidas</b>      | Crimes contra a Dignidade Sexual.  | Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. | Art. 3º<br>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.<br>Art. 4º<br>§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:<br>I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;<br>II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;<br>III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.<br>§ 2º. Ficar sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências. | Art. 121.<br>[...]<br>§ 2º<br>[...]<br>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.<br>§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:<br>I - violência doméstica e familiar;<br>II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. |
| <b>Pena</b>                  | Aumentou pena do estupro.  | (Procedimento)  | 2 a 5 anos.  | 12 a 30 anos.   |
| <b>Vigência</b>              | Não consta revogação expressa  | Não consta revogação expressa   | Não consta revogação expressa  | Não consta revogação expressa.  |
| <b>Justificativa oficial</b> | Relatos CPMI da Exploração Sexual.   | Acesso à justiça.   | Construção de uma lei que se tornasse um instrumento de combate ao preconceito racial e favorável às   | Dados sobre violência contra a mulher. Necessidade de denominação de um   |

|                         |  |   |   |  |
|-------------------------|--|---|---|--|
|                         |  |   | ações afirmativas em favor dos discriminados.       | crime de gênero. Recomendações internacionais.   |
| <b>Gatilho</b>          | Não identificado,                      | Não identificado.   | Não identificado.                                   | Casos de repercussão social.                     |
| <b>Movimento Social</b> | Movimento feminista considerou avanço. | A redação desta lei foi obra do deputado Luiz Alberto (PT/BA), que havia sido coordenador do Movimento Negro Unificado. | A lei foi produto de debates com o Movimento Negro. | Movimento feminista criou o termo "feminicídio". |

Fonte: Elaborado pela autora.

Nos mandatos de Dilma Roussef (2011-2015), foi aprovada a Lei do feminicídio. Além disso, foram aprovadas a Lei nº 12.984/14, que definiu o crime de discriminação dos portadores do vírus do HIV e doentes de aids; e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), ambas leis que não foram analisadas por não se tratarem de leis que visem a enfrentar o objeto delimitado do trabalho, que diz respeito à violência machista, racista e LGBTfóbica.

## 9 CONCLUSÃO

Esta tese analisou o uso do direito pelos movimentos sociais e a pertinência desta empreitada tanto para a ação coletiva como para alcançar a desejada mudança social. De forma mais delimitada, o objeto de análise empírico foi a demanda pela criminalização de crimes de discriminação (motivados por preconceito ou crimes de ódio) – por parte dos movimentos Feminista, LGBTQ e Negro – e seu reflexo na política criminal brasileira. Perguntando-se, claro, a respeito da legitimidade e do papel que o direito penal pode exercer neste âmbito de intervenção.

Esta pesquisa se insere, portanto, na linha de investigação da “mobilização do direito” (*legal mobilization*) e, com isso, assume o ponto de vista dos movimentos sociais como fundamental para avaliar o papel do direito na ação coletiva e para a emancipação social. Desse modo, procura-se evitar incorrer em uma concepção simplória a respeito da intersecção entre movimentos sociais e direito, como sói acontecer com as visões tradicionais, as quais assumem os movimentos sociais como ingênuos ou o direito como ferramenta conservadora. Pelo contrário, pretendeu-se, nesta tese, demonstrar como ambas as variáveis são contingentes e estão em troca e influência mútua.

Assim, o primeiro capítulo foi dedicado às teorias dos movimentos sociais, de modo a compreender sua configuração e sua mobilização política. As teorias desvendam que a ação coletiva é condicionada por uma série de fatores: a Teoria da Mobilização de Recursos destaca a necessidade de recursos materiais, humanos e de estrutura organizativa no interior dos movimentos para o sucesso da ação coletiva (dimensão organizativa); a Teoria do Processo Político, foca na influência de fatores externos (como a estrutura de oportunidade política), os quais condicionam o repertório da ação coletiva (dimensão conjuntural); a Teoria dos Novos Movimentos Sociais foca na questão discursiva da ação coletiva, isto é, em torno de que questões os movimentos sociais estão demandando (dimensão discursiva), desvendando que não se trata mais propriamente da necessidade de redistribuição de bens materiais – como os movimentos classistas – mas de reconhecimento de direitos (ou distribuição de bens imateriais).

Esta última teoria revela que, a partir da segunda metade do século XX (justamente período a partir do qual o ordenamento brasileiro expressou preocupação em relação ao preconceito – especificamente os “de raça ou de classe” – na



Constituição de 1946), as lutas sociais passaram a incidir na dimensão simbólico-cultural das desigualdades sociais, isto é, sobre as opressões e/ou subordinações identitárias, como as que se dão em razão de raça, de gênero e de sexualidades, por exemplo. São subordinações, inclusive, que já foram – ou ainda são – inscritas em lei. Portanto, invariavelmente, os movimentos que pretendem enfrentá-las irão se deparar com o direito.

A tese confirma que os movimentos não só vêm adotando a linguagem do direito em seus discursos, como têm incluído, dentre seus objetivos principais, a promoção de mudanças legais. As mudanças legais almejadas podem ser tanto para a desinstitucionalização de injustiças, como para a inclusão na lei de condições que diferenciam as pessoas, como medida necessária para a garantia da igualdade. Afinal, quando a igualdade inscrita na lei é meramente formal, isto é, quando assume que todas as pessoas são iguais, sem reconhecer suas diferenças, ela acaba por criar ou reforçar antigas ou novas desigualdades, na medida em que acaba elegendo como parâmetro “um sujeito social nada abstrato: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário” (RIOS, 2012, p. 173). Portanto, não se trata de um uso essencialista das identidades.

O fato é que os movimentos se utilizam do direito como instrumento estratégico para articular suas demandas pela mudança social. Isso porque a gramática do direito é uma poderosa ferramenta de construção de significados sociais. Assim, quando os movimentos conseguem articular suas demandas em termos de direitos, tendem a ser melhor compreendidos pela sociedade. Sem contar que há uma ojeriza social à “injustiça”, então se um movimento consegue mostrar que sofre uma injustiça, terá um forte apelo a sensibilizar potenciais aliados. Enfim, os agentes coletivos valem-se de estratégias ligadas ao direito e à lei tanto para definir problemas sociais como para alcançar resultados políticos e práticos.

Este uso estratégico do direito no interior dos movimentos sociais é objeto de estudo de outra teoria desenvolvida no primeiro capítulo: a teoria do enquadre legal (*legal framing*). Essa teoria demonstrou como o contexto em que a ação coletiva se desenrola está cada vez mais complexo, na medida em que “estruturas de oportunidades legais” também vêm condicionando a luta social, mostrando que a ordem legal e o poder judiciário configuram-se em campos abertos para serem disputados pelos diferentes atores sociais.

Para além de uma análise dos movimentos sociais desde a teoria, esta tese procurou entrar em contato com ativistas de movimentos para conhecer seus pontos de vista a respeito do uso do direito (penal) na luta social. Dentro desse intento, houve participação em eventos dos movimentos estudados, bem como foram realizadas oito entrevistas com ativistas feministas, brancas e negras, lésbico-feminista, transfeminista e homossexuais, negros e brancos.

As entrevistas apontam para o campo da educação como o principal meio demandado para a superação da cultura machista, racista e/ou LGBTfóbica. Quando provocados a se manifestar sobre criminalização, os discursos mostraram uma posição ponderada, que reconhece as limitações das instituições (do sistema penal), mas que também percebe que se trata de um campo de luta a ser disputado.

Aí advém uma questão central para esta tese: como pode o direito, um instrumento de controle social e de manutenção do *status quo*, historicamente apropriado pelas classes dominantes e a seu serviço, auxiliar na luta emancipatória, que quer desafiar justamente essas condições opressivas da sociedade? As respostas são, aqui, articuladas a partir dos conceitos desenvolvidos no interior da agenda de pesquisas da “mobilização do direito”, bem como com das reflexões da teoria crítica do direito, em especial da teoria discursiva do direito de Habermas.

As pesquisas da mobilização do direito pensam este papel a partir de uma compreensão bastante ampla e descentralizada do direito. É que como elas lograram comprovar, o direito não é só um conjunto de regras formais e não se realiza somente quando juízes sentenciam dentro de um processo. Mais que isso, o direito produz sentidos e significados em torno aos fenômenos sociais, os quais influenciam a sociedade; e ele se realiza/efetiva diariamente a partir dos usos de seus discursos, que podem ser manejados pelas pessoas em suas relações sociais cotidianas.

Trata-se de conceber o direito também como prática social e discursiva. Como diz Segato (2016), se nem todos podem ser operadores do direito, todos podem operar o discurso do direito. E está é uma concepção, inclusive, muito mais democrática da função jurídica. E tende a ser mais efetiva, pois, na medida em que as pessoas se sentem titulares dos direitos, são mais capazes de fazer-lhes valer na prática.

Sem dúvida, não se defende que o direito seja a solução de todos os problemas, mas, ao mesmo tempo, não se negligencia o papel que ele pode exercer para auxiliar na emancipação e na mudança social.

Afinal, se o direito ainda se configura em uma narrativa respeitada nas sociedades atuais, não há por que os movimentos sociais negligenciem sua capacidade de influência sobre ele. Até porque, como também demonstrou McCann (1994), o direito é plural, maleável e, por vezes, indeterminado. De forma que, de novo, não se pode ignorar a possibilidade de produzir discursos desde baixo (desde movimentos sociais), de modo a moldá-lo, e com isso, em última análise, moldar a sociedade, no sentido da concretização progressiva da igualdade e, conseqüentemente, das condições democráticas.

Ao final do segundo capítulo, foi apresentado o estado da arte dos estudos de mobilização do direito” no Brasil, o qual também corrobora os achados desta tese quanto aos movimentos sociais brasileiros estarem se mobilizando em torno ao direito. O que se dá de variadas formas, desde o *lobby* legislativo ou *advocacy*, passando pelo engajamento no debate jurídico, por meio de produção de pareceres, relatórios e pesquisas; até atuação nas cortes, mediante litigância, participação em audiências públicas ou de julgamentos como *amicus curiae*; também, pode se dar por meio de capacitação legal, seja da população em geral, seja dos próprios integrantes do movimento (MACIEL, 2015).

Os subsídios da abordagem da mobilização do direito proporcionaram a esta tese, enfim, uma visão mais expansiva, sutil e complexa do papel da lei na luta política. Inclusive para pensar o contexto brasileiro, que passa, justamente, por uma ampliação da estrutura de oportunidades jurídicas – desde a Constituição de 1988 –, que vem sendo apropriada pelos movimentos sociais.

No interior da teoria crítica do direito também há visões que defendem a possibilidade de o direito ser manejado para a emancipação social e não necessariamente para a dominação. Nesta tese, trabalhou-se com a teoria de Habermas (2011; 2012), a qual condiciona justamente a legitimidade do direito à participação social dos afetados na sua criação. E defende que, em situações de desigualdade tais que obstaculizem o acesso de pessoas à cidadania, há necessidade de o direito intervir de modo a procurar estabelecer a igualdade.

Segundo ele, assim como o direito retira sua legitimação do procedimento democrático, ele também deve garantir esse mesmo procedimento, por meio de um sistema de direitos que assegure a igualdade de participação no processo de formulação da lei. Aí que a teoria de Habermas se aproxima desta tese, na medida em que se está aqui defendendo a importância e a legitimidade da mobilização dos

movimentos sociais como estratégia positiva/producente para a produção de um direito legítimo que auxilie na luta social.

Quanto à legitimidade do direito penal em especial, o dilema que se coloca é mais delicado, na medida em que se trata de um campo conflituoso por excelência. Desde o ponto de vista desta tese, deve-se encarar o direito penal como uma estratégia à disposição dos atores sociais, que devem, então, mobilizá-lo. Nesse contexto, os movimentos sociais vêm demandando (desde o século XX) a criminalização dos crimes de ódio, no interior da luta social pela igualdade e contra o tratamento discriminatório, o que vem sendo recepcionado pelos ordenamentos legais ao redor do mundo, impelindo a necessidade de investigar-se sua pertinência.

Os crimes de ódio vêm sendo recepcionados sobretudo porque os movimentos estão comprovando que se trata de um problema social e denunciando os prejuízos que este problema envolve. A partir disso, Estados e Organizações internacionais passaram a produzir políticas públicas para o enfrentamento do problema, dentre elas, instrumentos legais foram construídos no sentido de defini-los e até criminalizá-los, conformando o chamado Direito penal antidiscriminatório. Quer dizer, trata-se de uma pressão advinda desde baixo (desde a luta social) para alteração da política criminal dos Estados.

Essas demandas inserem-se dentro de uma realidade concreta de violência gerada por preconceito que, historicamente, não interessava ao Direito penal (já que não constava nos ordenamentos penais). Afinal, como se sabe, este direito fora construído dentro de uma lógica determinada pelas forças políticas de um determinado momento histórico, as quais não consagravam, propriamente, a defesa da diversidade social. Pelo contrário, o sistema penal tendia – ou ainda tende – a exercer controle social sobre os considerados diferentes. O que vem mudando desde a segunda metade do século passado, por força, repete-se, dos movimentos sociais.

Conforme apontado por Garland (2008), por Díez Ripollés (2015), assim como pelas pesquisas nacionais sobre política criminal, desenvolvidas no quarto capítulo desta tese, o Direito penal está em movimento e, dentre os processos de mudanças, há diferentes tendências político-criminais em andamento. A hipótese de Garland é de que respostas denegatórias (que negam a insuficiência do sistema penal e procuram dotá-lo de mais soberania penal) e simbólicas (que são instrumentais, instituídas para simbolizar que algo está sendo feito, quando, na verdade, sua efetividade é bastante duvidosa para atender aos fins a que se propõe) são as mais

presentes e recorrentes não só nos EUA e na Grã-Bretanha, como em todos os países ocidentais, configurando o populismo punitivo como uma tendência ocidental.

José Luis Díez Ripollés contesta essa conclusão de que há uma tendência generalizada ao populismo punitivo no mundo ocidental e propõe outro modelo de análise político-criminal. Esse modelo abandona as dimensões “punitivismo” e “moderação” e cria outras: política criminal “inclusiva socialmente” e “exclusiva socialmente”. Segundo o autor, essas categorias funcionam melhor porque o que importa, em última análise, é o efeito social gerado por uma determinada política criminal.

As pesquisas brasileiras divergem um pouco quanto à tendência político-criminal brasileira pós-1988, mas coincidem com o diagnóstico desta tese em torno à expansão das leis penais ocorrida, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988. Leis, estas, que são, fundamentalmente, ambíguas em seus conteúdos.

A partir de concordâncias e divergências com as teorias supracitadas, esta tese defende a distinção entre “populismo punitivo” e “realismo de esquerda”. Sendo o primeiro caracterizado, tal como Garland (2008) sugere, como ilegítimo e, provavelmente, irracional; enquanto o segundo seria legítimo e racional, mesmo que represente expansão da intervenção penal, isso porque advém de um problema social real e decorre do discurso produzido pelas pessoas implicadas no conflito. No segundo, ainda, é possível encontrar um defensável efeito para além do simbólico, na medida em que poderá ser manejado pela sociedade nos seus usos cotidianos da gramática jurídica. Sendo que no Brasil, inclusive no interior do âmbito de intervenção objeto desta tese, há a combinação de ambas as tendências político-criminais.

Segundo defendido nesta tese, haverá legitimidade na intervenção penal (“realismo de esquerda”) quando verificadas as seguintes variáveis: (i) a lei penal decorrer de um problema social concreto; (ii) descrever um crime que implique em dano a um bem jurídico relevante; e (iii) absorver os discursos produzidos pelos movimentos sociais implicados no conflito. Em havendo essas variáveis, entende-se que, mesmo representando expansão do direito penal, não se está tratando de uma política criminal “populista punitiva”. Nesses casos, defende-se que se está diante uma política criminal “realista de esquerda”, a qual, além de legítima, tende a apresentar índices de efetividade aceitáveis.

Quanto ao direito penal antidiscriminatório, entende-se que se direciona para um problema social concreto, tal como comprovado por uma série de dados – oficiais

e provenientes de instituições não-governamentais –, produzidos sobretudo nos países que já definiram este fenômeno em lei, o que facilita sua identificação e, conseqüentemente, quantificação.

Quanto ao dano a um bem jurídico, nos crimes de ódio ele existe e incide tanto para a vítima direta, quanto para o grupo de pessoas que possui a mesma característica depreciada da vítima, e, com isso acaba, ainda, prejudicando a própria efetivação de uma sociedade verdadeiramente plural e democrática. É que os crimes de ódio possuem a capacidade de minar a autocompreensão, autonomia ou dignidade de suas vítimas, de modo que lhes obstaculiza acessos iguais à esfera pública.

Para este dano estar presente, entretanto, é indispensável a verificação de que se trata de uma vítima em situação de desigualdade de *status* real, decorrente de uma histórica exclusão social. Caso contrário, provavelmente estar-se-á diante de mera ofensa a sentimentos identitários ou crenças particulares, sejam religiosas, patrióticas ou ideológicas, o que não é digno de intervenção penal, na medida em que não atentam contra a existência de alguém ou contra seu *status* de cidadão.

Por fim, para que haja legitimidade, os instrumentos legais devem estar atentos aos discursos produzidos no interior dos movimentos sociais, pois eles conhecem o problema que ser regular à fundo, inclusive melhor do que os parlamentares ou eventuais especialistas. Falhas nessa interlocução produzirão, provavelmente, leis que carecerão de efetividade, até por má redação, como o caso da criminalização do racismo no Brasil.

Para verificar as ideias defendidas nesta tese, foi desenvolvida, na segunda parte, uma pesquisa empírica em torno à política criminal brasileira voltada ao que seria crime de ódio no Brasil. Este conceito ainda não existe no Brasil, então foram selecionadas as leis que têm como objeto de intervenção violências especificamente machistas, racistas ou LGBTQfóbicas, já que a delimitação proposta abrangeu os movimentos Feminista, Negro e LGBTQ.

A pesquisa revelou que há leis penais voltadas a enfrentar situações desencadeadas por preconceito de raça (racismo), de gênero ou sexo (isto é, em detrimento do gênero feminino) [e também classe, religião, grupo nacional, grupo étnico, sexo, estado civil, procedência nacional, idade, idoso, portador de deficiência, e portador de HIV], há lei que faz referência ao preconceito em razão de orientação sexual e nenhuma trata de identidade de gênero. O termo orientação sexual aparece

na Lei Maria da Penha, mas é dentro de um contexto de proteção à mulher, então até pode proteger lésbicas, mas não homossexuais masculinos.<sup>323</sup>

O banco de dados com todas as leis voltadas ao enfrentamento de condutas preconceituosas possui 34 leis, dentre as quais a categoria que é mais recorrente é “raça” (aparecendo em 18 leis), seguida por “religião” (10 leis), “classe” (5 leis), “grupo étnico” (5 leis), “mulher” (4 leis destinam-se à “mulher”, mas sem delimitar expressamente), “sexo” (3 leis), “gênero” (2 leis) e “sexo feminino” (1 lei). Das 34 leis, foram eliminadas cinco, porque não diziam respeito à delimitação proposta na tese de analisar as leis que têm como pressuposto a criminalização da violência machista, racista ou LGBTQfóbica. Portanto, a grande maioria das leis aprovadas nesta matéria guardam relação com a delimitação aqui proposta.

A categoria “raça” é a mais recorrente e a primeira a ser mencionada nas leis penais brasileiras. Coincidentemente, o Movimento Negro também é o primeiro – dos três analisados – a articular a demanda pela criminalização do preconceito, no caso do racismo.

Assim, em 1945, no primeiro grande encontro nacional do Movimento Negro, a Convenção Nacional do Negro, foram definidos dois objetivos principais: que a discriminação racial e o preconceito passassem a ser crimes previstos em lei e que se criasse um sistema de bolsas de estudos para estudantes negros nas universidades e no ensino secundário. O primeiro objetivo foi parcialmente atendido já em 1951, enquanto o segundo só seria institucionalizado e estruturado, com o sistema de cotas, mais de 50 anos depois.

Nesse período, as mulheres ainda não se organizavam politicamente, pelo menos não com protagonismo no cenário nacional. É que as mulheres acabavam se engajando em questões mais localizadas à sua vida cotidiana ou até mesmo com questões político-gerais, mas ainda não no sentido de visibilizar a opressão feminina em específico. Tanto que a primeira lei que fará menção à “sexo”, ainda que de forma genérica, data de 1967.

Da mesma forma, só surge um movimento LGBTQ organizado no Brasil, a partir da década de 1970. Sua articulação em torno ao direito no Brasil aparece nitidamente

---

<sup>323</sup> A despeito disso, sabe-se que desde 2006 há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, o qual, entretanto, não se encaminha para uma aprovação. Na verdade, este projeto foi apensado ao projeto de reforma do Código Penal, sob o pretexto de que este trazia referida criminalização. Ocorre que foram retiradas do projeto do novo código todas as menções à palavra “gênero” ou “orientação sexual”.

a partir da Constituinte de 1987, em que não logrou conquistar direitos, assim como em nenhum outro diploma legal (com exceção da Lei Maria da Penha, que se refere à “orientação sexual”).

A primeira lei voltada à punição do racismo no Brasil, denominada Lei Afonso Arinos (nº 1.390/1951), não à toa possui o nome do deputado responsável por sua proposição. É que, por mais que o Movimento Negro tenha procurado destacar seu protagonismo na aprovação da lei, sua redação não atendeu propriamente à demanda do movimento e tampouco à realidade do racismo brasileiro. Em primeiro lugar, enquanto o movimento demandava a “criminalização” e, inclusive, como “crime de lesa-pátria”; a lei tratou o racismo como “contravenção penal”, que é uma categoria de infração penal considerada menos lesiva.

Por outro lado, não se pode negar a importância da pressão dos movimentos negros para a aprovação desta lei naquele momento político-social do país. Afinal, àquele período remonta a ideologia da democracia racial, com o que seria difícil imaginar o Estado admitindo a existência de racismo em solo nacional. Mas assim o fez. E, ao que as análises aqui empreendidas indicam, havia, nas entrelinhas da justificativa e da aprovação desta lei, um temor dos parlamentares em relação à união dos negros contra os brancos. Além disso, a pressão internacional também foi decisiva para a adoção desta medida legal.

Em termos de eficácia instrumental, sabe-se que esta lei foi raramente aplicada. Sua redação é artificial, na medida em que descreve condutas – inspirada no segregacionismo norte-americano – que não representam o modo como o racismo ocorre majoritariamente no Brasil. Falha que, possivelmente, teria sido evitada caso o Movimento Negro tivesse participado de sua elaboração. E acabou produzindo uma mensagem de que as práticas racistas se cingem à esfera privada de ações não graves, punida com penas inócuas. Em função de tudo isso, não demorou para a militância negra voltar a demandar modificações nesta lei.

Ainda no primeiro período analisado nesta tese – República Populista – houve a aprovação da Lei de Segurança Nacional de 1953, que criminalizava a propaganda de ódio de raça (de religião ou de classe); da Lei de Liberdade de Imprensa também de 1953, que da mesma forma visava a restringir a liberdade de imprensa diante do preconceito de raça (o objetivo, aqui, segundo apurado, foi muito mais o de reprimir o debate em torno à “raça” do que propriamente enfrentar seu preconceito); do Código Brasileiro de Telecomunicações (4.117/62), que criminaliza o emprego da radiodifusão



para promover campanha discriminatória de raça (classe, cor ou religião); e da Lei nº 2.889/56, que veio a tipificar o genocídio.

A tipificação do genocídio é mais uma medida que procura enfrentar a comissão de delitos por razão de preconceito/ódio em razão da raça; sem, no entanto, fazer referência às demandas do movimento social implicado, no caso o negro. Abdias Nascimento, por exemplo, já utilizava a palavra “genocídio” para descrever o tratamento dado ao negro no Brasil desde a década de 1940. Inclusive, até hoje o movimento negro trabalha com a hipótese de haver genocídio de negras e negros no Brasil, tendo em vista os dados de assassinatos do país. Tanto que uma CPI instalada em 2012 para investigar o assassinato de jovens no país, acabou tomando a decisão de focar apenas nos jovens negros, assumindo que há uma situação de genocídio da população negra.

Na ditadura militar continuava forte a ideologia da democracia racial, sem contar no autoritarismo que marcou o período. Entretanto, não se pode ignorar que surgiram alguns instrumentos normativos interessantes – e que, de alguma forma, procuraram enfrentar essa estrutura social calcada no preconceito e na discriminação.

A constituição de 1967, decorrente de pressão da comunidade internacional, traz o primeiro mandado constitucional de criminalização do racismo no Brasil, o qual se mantém presente na Constituição brasileira até a atualidade. Além disso, traz a primeira aparição de distinção em razão de “sexo” com vistas a estabelecer uma situação de igualdade (no âmbito do mercado de trabalho), a qual, no ano seguinte passou a ser criminalizada pela Lei nº 5.473, que tornou crime a discriminação entre brasileiros de ambos os sexos no mercado de trabalho. Veja que, aqui, ainda há dificuldade de o legislador assumir que não são ambos os sexos que merecem a proteção legal, pois só há um sexo que sofre discriminação, em detrimento do outro, no mercado de trabalho. De qualquer forma, são medidas que ocorrem justamente no momento em que as mulheres estavam começando a integrar o mercado de trabalho e os sindicatos e, com isso, revelar as discriminações dali decorrentes.

O mesmo parlamentar responsável pelos dois últimos dispositivos citados – Nelson Carneiro – foi responsável pela Lei nº 7.437/85, a qual veio a incluir “sexo” e “estado civil” no rol das condutas penalizadas pela Lei Afonso Arinos. Seu intento foi suprir a ineficácia da Lei nº 5.473. Ocorre que inseriu em uma lei que também carecia de eficácia. Enfim, o fato é que esta lei foi fruto de pressão de um movimento feminista

que já começava a denunciar o papel de submissão da mulher na sociedade e a discriminação dele decorrente.

O tema da violência doméstica contra a mulher e de gênero passou a ser tematizado no interior do movimento feminista a partir da década de 1980, inclusive com a busca de interlocução com o Estado, na medida em que perceberam a gravidade e a necessidade de adoção de políticas públicas. Momento em que surgem as Delegacias de Mulheres. Em 1985, o Executivo criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), o qual foi fundamental para a articulação feminista na constituinte de 1987.

Com a redemocratização, houve uma grande expansão legislativo-penal. Enquanto foram identificadas 6 legislações na República populista, distribuídas em aproximadamente 19 anos (média de 0,3/ano); e 5 na Ditadura Militar, distribuídas em 24 anos (média de 0,2/ano); a partir da redemocratização até o ano de 2015, foram identificadas 20 legislações com a temática da discriminação e/ou do preconceito (média de 0,7/ano).

Desde o ponto de vista desta tese, isso representa um reflexo de abertura de estrutura de oportunidades política e legal. E, de fato, a própria Constituição foi produzida sob forte influência dos movimentos sociais aqui estudados.

Como resultado, ela também contém um texto normativo que promove a interlocução da sociedade com o direito, incentivando este processo de disputa do campo do direito. Só é de se lamentar a retirada de “proteção” contra a discriminação em razão de orientação sexual, tal como demandado pelo Movimento LGBTQ. Sem dúvida era uma categoria identitária merecedora de proteção, assim como também é merecedora de proteção a categoria “identidade de gênero”, que não chegou a adentrar aos debates da constituinte. Para entender tais ausências, para além do conservadorismo dos parlamentares, também está o fato de que os movimentos LGBTQ's foram os últimos – em comparação com o negro e o feminista – a se desenvolverem e adquirirem protagonismo social. Suas demandas, portanto, demoram mais para ingressar no debate público, quem dirá nas políticas públicas.

No ano seguinte à promulgação da Constituição foi aprovada a Lei nº 7.716/89 (Lei Caó, de novo homenageando deputado) em substituição à Lei Afonso Arinos. Essa lei finalmente criminalizou o racismo. Entretanto, repetiu, nos tipos penais, praticamente as mesmas condutas descritas na lei anterior.

Ora, o diagnóstico do movimento era de que a impunidade do racismo decorria de dois defeitos principais da Lei Afonso Arinos: (i) sua má redação e (ii) sua concepção da discriminação como contravenção penal. Quanto à redação, a crítica residia no fato de que o uso das expressões “recusar”, “negar”, “obstar” descrevia as mesmas situações diversas vezes, tornando a lei excessivamente casuística. Concluindo, que a discriminação racial deveria ser legalmente caracterizada como crime contra a pessoa e como tal punida, através de legislação clara, breve e simples.

De novo, defende-se que se a lei aprovada tivesse levado em consideração o discurso produzido no interior do movimento negro, não teria reincidido no erro quanto à redação dos crimes. O fato é que, novamente, está-se diante uma lei que não logrou eficácia instrumental, pois descreve condutas inaplicáveis ao racismo no Brasil.

Não por outro motivo, esta lei passou por quatro alterações legais. Destaca-se aqui a alteração promovida pela Lei nº 9.459/97, que contou, enfim, com a participação de representantes do movimento negro, além do próprio parlamentar, Paulo Paim, ser identificado com este movimento. Esta lei finalmente tipificou a manifestação verbal do preconceito, uma das expressões mais recorrentes de racismo no Brasil, tendo, inclusive, incluído-na no Código Penal (“injúria racial”).

Se a década de 1950 foi marcada pela inclusão da questão racial no ordenamento penal brasileiro, a década de 2000 destacou-se pela atenção do legislativo à violência contra a mulher. Nesse sentido, foram sancionadas seis leis em torno deste tema: (i) a Lei nº 10.224/2001 (assédio sexual); (ii) a Lei nº 10.778/03 (violência de gênero), (iii) a Lei nº 10.886/04 (violência doméstica), (iv) as Leis nº 11.106/05 e nº 12.015/2009 (crimes contra a dignidade sexual), (v) a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e (vi) a Lei nº 13.104/15 (Lei do Feminicídio).

Para isso, foi fundamental a atuação do Movimento Feminista e sua articulação com o Estado. Nesse sentido, recorde-se que, no início do governo Lula, em janeiro de 2003, foi constituída a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), com *status* de ministério, a qual impulsionou esta interlocução entre o movimento e as instituições.

Das nove leis deste período que tiveram como foco a categoria “raça”, cinco (56%) decorreram de parlamentares negros; e duas de judeus. Das oito leis que visam às mulheres, praticamente todas foram produto da atividade de parlamentares mulheres: seis (75%) foram propostas diretamente por deputadas mulheres, uma foi proposta pelo Executivo, mas decorrente de articulação da Secretaria de Política para

Mulheres e outra foi proposta pela CPMI da violência contra a mulher, cuja instauração havia sido requerida pela bancada feminina.

As condutas punidas no Brasil em relação ao preconceito/discriminação podem ser divididas em quatro grupos: (i) os crimes de práticas discriminatórias de obstar acesso por preconceito (de raça ou de sexo); (ii) os crimes de opinião, que envolvem a divulgação ou propagação de ideias preconceituosas ou discriminatórias (em razão de raça, etnia, religião, procedência nacional, pessoa idosa, portadora de deficiência e até mesmo orientação sexual, se considerada a justificativa apresentada por Goldman na defesa da criminalização do nazismo); (iii) os crimes comuns agravados pela motivação discriminatória ou de preconceito, como o de redução a condição análoga a de escravo (preconceito de raça, etnia, religião ou origem) e a tortura (discriminação racial ou religiosa); e (iv) os crimes que receberam uma nova denominação, como os crimes contra a liberdade sexual, o assédio sexual, a violência doméstica e o feminicídio.

De todo o exposto, conclui-se que, de fato, há uma forte ambiguidade na política criminal brasileira, que mesmo neste âmbito específico de intervenção, combina políticas criminais populista punitivas e realistas de esquerda. Se se fosse construir um espectro em que em um polo estaria o populismo punitivo e, em outro, o realismo de esquerda. A Lei Maria da Penha poderia estar no polo do realismo de esquerda.

Trata-se de uma lei-modelo para pensar a interlocução entre movimentos sociais e direito penal. Além de ter sido construída desde o interior do movimento feminista, é uma lei que, após aprovada, tem sido objeto de avaliações a respeito de seus efeitos na sociedade. Avaliações, essas, desencadeadas pelo próprio movimento feminista.

Nesse aspecto, aproveita-se para comentar outra conclusão a que este estudo chegou: não se verificou desmobilização no interior das lutas sociais após a aprovação de leis por elas demandadas. Tanto o Movimento Feminista permaneceu atento à questão da violência contra a mulher, engajado na produção de dados e, inclusive, na aprovação de outra lei (a Lei do Feminicídio, que foi aprovada dois anos após a Lei Maria da Penha); como o Movimento Negro continuou mobilizado em torno à demanda por mudanças legais, culminando, em 2010, com a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial.

Quanto à eficácia da Lei Maria da Penha, assumida como o modelo de uma política criminal realista de esquerda, os dados produzidos por uma série de pesquisas

dão conta de que a lei provocou importantes mudanças culturais: o nível de consciência do problema da violência doméstica na sociedade brasileira ganhou densidade, as mulheres passaram a sentir-se acolhidas no serviço de atendimento e a denunciar mais os atos de violência sofridos. Importante destacar que os números a respeito da violência propriamente dita contra a mulher não diminuíram, o que é bastante natural, na medida em que só a partir dessa conscientização é que as mulheres passaram a denunciar e formar o dado.

Por exemplo, dois anos após a aprovação da Lei Maria da Penha, foi realizada uma pesquisa Ibope/Themis (2008) para saber o que pensa a sociedade a respeito da lei: 68% dos entrevistados disseram conhecer a lei<sup>324</sup>; em 2013, este número aumentou para 99% conforme aponta pesquisa DataSenado (2013). Ainda, a maioria das mulheres (66%) disse sentir-se mais protegida após a sanção da lei (DataSenado, 2013). Por outro lado, a pesquisa constatou que a maioria das mulheres acha que a violência doméstica aumentou (63%), sendo que a proporção daquelas que já foram vítimas de agressões está relativamente estável desde 2009 (DataSenado, 2013). Os dados demonstram não terem crescido nem os percentuais de mulheres que admitem ter sido vítimas de violência, nem os percentuais de mulheres que afirmam conhecer vítimas, “o grande volume de entrevistadas que acredita no aumento da violência doméstica e familiar contra a mulher, na verdade, indica um aumento do nível de conhecimento sobre o problema” (DataSenado, 2013).

A pesquisa trouxe outra boa notícia: a máxima popular de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher” está ficando ultrapassada.<sup>325</sup> Os números da pesquisa demonstram a consciência da população feminina de que as leis por si só não são capazes de resolver o problema da violência doméstica e familiar. Essa é a opinião de quase 80% das entrevistadas.

Conclui-se, portanto, que o Direito penal pode ajudar nas lutas sociais, pelo poder simbólico que a palavra “crime” carrega. E, no caso da Lei Maria da Penha, está

---

<sup>324</sup> “Pesquisa revela que maioria [68%] da população conhece a Lei Maria da Penha e sabe da sua eficácia”. “A sociedade tem consciência e percepção da magnitude do problema da violência contra a mulher”. “A população percebe que a lei inibe a violência contra a mulher”. “83% da população considera que a lei ajuda a mulher que sofre violência” (IBOPE/THEMIS, 2008).

<sup>325</sup> “Dados revelam que a maioria das mulheres já admite a possibilidade de que qualquer pessoa que tenha conhecimento de uma agressão física, possa denunciar o fato às autoridades. Essa é a opinião de 60% das entrevistadas na pesquisa realizada este ano. Em 2011, apenas 41% admitiam a denúncia feita por qualquer pessoa” (DataSenado, 2013).

claro que, graças à luta feminista, a violência doméstica deixou de ser encarada como uma desgraça para ser percebida como uma verdadeira injustiça.

Esse papel, de reprovação, não é apenas um papel simbólico ou subjetivo na construção de um imaginário comum que reprova um crime. A questão é que a reprovação pública possui efeito concreto no aumento de segurança, confere possibilidades, direitos, e isso vai além de um sentimento subjetivo, passando por uma verdadeira redistribuição de poder. A questão tem efeito prático na medida em que aumenta as salvaguardas das mulheres, e essas salvaguardas são construídas de modo público, amplo, quiçá, diminuindo a deferência, o temor e a benevolência das mulheres em relação àqueles que devem ser seus iguais (sejam homens ou mulheres), e, principalmente, diminuindo o poder dos agressores (MACHADO; ELIAS, 2016, p. 15).

A conclusão pela legitimidade da criminalização não esgota os problemas que envolvem a questão. Não se pode perder de vista a análise crítica aos instrumentos legais a serem utilizados para esse fim e seus efeitos jurídico-penais (desde a excessiva criminalização, à lógica punitivista ou à vitimização). Afinal, quando se trata da utilização do Direito penal, deve-se ter ciência de que “as fronteiras entre a virtude da lei e seu lado perverso são fáceis de transpor” (PIRES, 1999, p. 93) — o remédio pode ser tão mau quanto o mal que se deseja combater ou até mesmo pior do que este. Afinal, pode-se acabar habilitando uma ingerência violenta do sistema punitivo.<sup>326</sup>

Por outro lado, diante da realidade opressiva e violenta a que estão submetidos certos grupos, o Direito penal, se ficasse indiferente, “estaría dando muestras una vez más de su propia tendencia discriminadora, limitándose a actuar allí donde la mayoría dominante siente y padece las posibles agresiones a sus derechos básicos” (LAURENZO COPELLO, 1999, p. 20).

Quanto aos grupos sociais que não têm suas demandas penais atendidas, sentem-se mais vulneráveis em serem vítimas de violências perpetradas em razão de preconceito e, conseqüentemente, a concretização do seu direito à igualdade de tratamento e sua emancipação social restam mais comprometidas. Pois o marco legal

---

<sup>326</sup> Nesse sentido, deve-se “manter a referência de que, no âmbito penal, a necessidade de reformas deve estar apoiada firmemente no favorecimento da instauração, consolidação e ampliação dos aspectos processuais que venham a contribuir para a ampliação da democracia, ou seja, a oralidade e publicidade dos atos processuais, o respeito às garantias individuais, a independência judicial, a restrição ao uso da prisão preventiva e de provas obtidas por meios atentórios aos direitos individuais, a criação de mecanismos de controle da atividade judicial e garantia do duplo grau de jurisdição” (AZEVEDO, 2010, p. 204).

de proteção específica, ao ser mobilizado pelas pessoas no seu cotidiano, confere poder.

A importância deste trabalho está, enfim, em trazer suporte empírico para tornar a produção legislativa criminal, especificamente na área do preconceito, mais qualificada e produtiva no alcance dos seus objetivos. Afinal, uma boa reforma legislativa deve ter como base uma sólida política criminal, ancorada em princípios e recomendações, fruto dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas e dos avanços e descobertas da criminologia.

## REFERÊNCIAS

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [S.l.], n. 18-11, p. 1-55, 2016. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2018.
- ALEKSIÉVITCH, Svetlana. *A guerra não tem rosto de mulher*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALONSO, Angela. “A teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate”. *Lua nova*, São Paulo, 76: 49-86, 2009.
- ALVES, J. A. Lindgren. “A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos”. *Revista Brasileira Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 2, p. 198-223, 2002 .
- ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*. Michigan: The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2006.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociologia e Justiça Penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARSTED, Leila Linhares. “A incidência da violência contra as mulheres e suas formas de manifestação”. In: BARSTED; PITANGUY (Org.). *O progresso das mulheres no Brasil*. 2011.
- BARSTED, Leila Linhares. “O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil”. In: SARDENBERG Cecília M. B.; TAVARES, Márcia S (Org.). *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento*. Salvador: EDUFBA, 2016, p. 17-40.
- BENFORD, R.; SNOW, D. “Framing Processes and Social Movements: An Overview and Assessment”. *Annual Review of Sociology* 26(1), p. 611-639, 2000.
- BIROLI, Flávia. “Mulheres, mídia e democracia”. In: ABREU, Maria Aparecida (org.). *Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero*. Brasília: Ipea, 2011, p. 148-179.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales e discursivos del “sexo”*. Buenos Aires: Paidós, 2005.



BRAGA, Sérgio Soares. *Quem foi quem na Assembleia Constituinte de 1946: Um perfil socioeconômico e regional da Constituinte de 1946*. Brasília: Câmara dos Deputados: Coordenação de Publicações, 1998, disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/6744>. Acesso em 03 de junho de 2017.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. “O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha”. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-64.

CALLEGARI, André Luís; MASIERO, Clara Moura. “Pressupostos teóricos para o estudo de política criminal: propostas para uma análise tipológica”. In: *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*: Universidade Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v.10, p. 257-272.

CAMPOS, Carmen Hein de. “Razão e sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha”. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-12.

\_\_\_\_\_. “Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista”. *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v. 7, n.1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CAMPOS, Walter de. *A Lei Afonso Arinos e sua repercussão nos jornais (1950-1952): entre a democracia racial e o racismo velado*. 2016. 156 f. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Assis, 2016.

CARBALLIDO GONZÁLEZ, Paula. “Movimientos sociales y medios de comunicación: el cambio en el tratamiento...”. *RECERCA: Revista de Pensament i Anàlisi*, n. 7, p. 211-240, 2007.

CARNEIRO, Sueli entrevista para Bianca Santana. “Entrevista: Sobrevivente, testemunha, porta-voz”. *Revista CULT*, ano 20, n. 223, maio 2017, p. 12-20.

\_\_\_\_\_. “Mulheres negras, violência e pobreza”. In: *Plano Nacional: diálogos sobre violência doméstica e de gênero: construindo políticas públicas*. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Brasília: A Secretaria, 2003.

CARRILLO, Jesús. “Entrevista com Beatriz Preciado”. *Cadernos Pagu*. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero, n. 28, p. 375-405, jan./jun. 2007.

CIFALI, Ana Claudia. *A Política Criminal Brasileira no Governo Lula (2003-2010): Diretrizes, Reformas Legais e Impacto Carcerário*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2015.

COHEN, Jean L. "Strategy or Identity: New Theoretical Paradigms and Contemporary Social Movements". *Social Research*, 52:4 (1985:Winter).

CORRÊA, Sonia. "Cruzando a linha vermelha: questões não resolvidas no debate sobre direitos sexuais". *Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre: UFRGS, ano 12, n. 26, p. 101-121, jul./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. "O conceito de gênero: teorias, legitimação e usos". In: BARSTED; PITANGUY (Org.). *O progresso das mulheres no Brasil*. 2011, p. 339-344.

COSTA, Diogo Valença de Azevedo. "Apresentação: Florestan Fernandes: luta de raças e de classes". In: FERNANDES, Florestan. *Significado do protesto negro*. São Paulo: Expressão Popular e Fundação Perseu Abramo, 2017.

CRUZ, Rodrigo. "Do protesto às urnas: as campanhas em defesa da causa homossexual nas eleições de 1982". *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 22, p. 233-284, jan./abr. 2017.

DATASENADO (2013, 2015). Relatório violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/institucional/datasetado/publicacaodatasetado?id=brasil-eiras-sabem-da-lei-maria-da-penha-mas-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres-persiste>. Acesso em 04 de abr. 2018.

DEGANI, Eliane Peres. *Criminalização do preconceito: um olhar sobre comportamento violento e limitações do poder punitivo, na efetivação da tutela penal da igualdade*. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: PUCRS, 2008

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Segunda edición actualizada y ampliada. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.

\_\_\_\_\_. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. "La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI". In: \_\_\_\_\_; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coord.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio del siglo: Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideu: B de F, 2008, p. 485-523.

DINIZ, Débora. *Radiografia dos homicídios por violência doméstica contra mulher no DF*. Brasília: ANIS: MPDFT: SPM, 2015.

DOMINGUES, Petrônio. "Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos". *Tempo*, Niterói, v. 12, n. 23, p. 100-122, 2007.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010.

EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme court in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

ESPAÑA. Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España. Ministerio del Interior: Secretaría de Estado de Seguridad: Gabinete de Coordinación y Estudios, 2015.

\_\_\_\_\_. Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación”. In: *Boletín Oficial de la Guardia Civil*. Sección I, miércoles 7 de enero de 2015, p. 51-108.

FANTI, Fabíola. *Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista*. Tese (doutorado). Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2016.

\_\_\_\_\_. “Movimentos sociais, Direito e Poder Judiciário”. *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre, 2017.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MOLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Tradução de Carolina Alves Vestena e Guilherme Leite Gonçalves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (Org.). *Encrescando: Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024)*. Brasília: Brado Negro, 2016.

FERNANDES, Florestan. *Significado do protesto negro*. São Paulo: Expressão Popular e Fundação Perseu Abramo, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FOUCAULT, Michel. “Nietzsche, a genealogia e a história”. In: *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FRASER, Nancy. “¿Triple movimiento? Entender la política de la crisis a la luz de Polanyi”. *New Left Review*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), n. 81, p. 125-139, jul./ago. 2013.

\_\_\_\_\_. “Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado”. *Lua Nova*. São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

\_\_\_\_\_. “Repensando o reconhecimento”. *Revista Enfoques: revista semestral eletrônica dos alunos do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 114-128, ago. 2010. Disponível em: <http://www.enfoques.ifcs.ufrj.br>, acesso em jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003.

GARLAND, David. “O que significa escrever ‘uma história do presente’? A abordagem genealógica de Foucault explicada”. Tradução de Leandro Ayres França. *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*. Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 6, n. 10, p. 73-96, jan./jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese (Departamento de Sociologia). Universidade de Brasília/UnB. 2010.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18-20, p. 1-25, 2016.

GOMES, Patrick Mariano. “A política legislativa criminal e a necessidade de resistência democrática”. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 256-263, jan./fev. 2015.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Preconceito e discriminação*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 1996, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HERINGER, Rosana; SILVA, Joselina da. “Diversidade, relações raciais e étnicas e de gênero no Brasil contemporâneo”. In: BARSTED; PITANGUY (org.). *O progresso das mulheres no Brasil*. 2011, p. 268-298.

HILSON, Chris. “Legal framing and social movement research: an overview and an assessment”. ECPR, 2009.

HARDY, Stevie-Jade; CHAKRABORTI, Neil. “Crimes de ódio”. Tradução de Hailey Kaas e Clara Masiero. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres. *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

IBOPE/THEMIS. “Dois anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade?”, 2008. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/lei-maria-da-penha/lei-maria-da-penha/2008-pesquisa-ibope-themis.-dois-anos-de-lei.pdf>. Acesso em 4 abr. 2018.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres? *Estudios Penales y Criminológicos*, v. 35, p. 783-830, 2015.

\_\_\_\_\_. “La discriminación por razón de sexo en la legislación española”. *Jueces para la democracia*, n. 34, p. 16-23.

LEMOS, Rosália. “Mulheres negras: resistência e ação política”. In: FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (orgs.). *Encrescando: Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024)*. Brasília: Brado Negro, 2016, p. 125-146.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A Gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas”. In: RIOS, Roger Raupp. *Caderno de Direito Constitucional*. EMAGIS: Porto Alegre, 2006, p. 24-54.

LÓPEZ PENEDO, Susana. *El laberinto queer: la identidad en tiempos de neoliberalismo*. Barcelona, Madrid: Egales, 2008.

LOSEKANN, Cristiana. “Mobilização do direito como repertório de ação coletiva e crítica institucional no campo ambiental brasileiro”. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 56, n. 2, p. 311-349, 2013.

MACHADO, Isadora vier; ELIAS, Maria Lígia G. Granado. “A Lei Maria da Penha completa nove anos: é possível trilhar caminhos para além de sua dimensão simbólica?”. *Boletim do IBCCRIM*, ano 24, n. 281, p. 14-15, abr. 2016.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; SANTOS, Natália Neris da Silva; FERREIRA, Carolina Cutrupi. “Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies v. 2, n. 1, p. 60-92, jan 2015.

MACIEL, Débora Alves. “Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 26, n. 77, p. 97-111, out./2011.

\_\_\_\_\_. “Mobilização de direitos no Brasil: grupos e repertórios”. Mobilização de direitos no Brasil: grupos e repertórios. 2015. (Apresentação de Trabalho/Seminário). Disponível em:  
[http://sociologia.fflch.usp.br/sites/sociologia.fflch.usp.br/files/Mobiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20D%C3%A9bora%20Maciel%20\\_%20LAPS.pdf](http://sociologia.fflch.usp.br/sites/sociologia.fflch.usp.br/files/Mobiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20D%C3%A9bora%20Maciel%20_%20LAPS.pdf).

MCADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. “Para mapear o confronto político”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 76, p. 11-48, 2009.

MCCANN, Michael W. *Rights at work: pay equity reform and the political legal mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

\_\_\_\_\_. “Poder judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários””. *Revista Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª. Região/Emarf*, seção especial, Anais do Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional, pp. 175-196, 2010.

MAQUEDA ABREU, M. L. *Marco jurídico del derecho penal a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado. Madrid, 1996.

MASIERO, Clara Moura. “Luchas sociales y política criminal: el caso de la ley brasileña de prevención de la violencia doméstica y familiar contra la mujer”. *Boletín Criminológico*, v.169, p.1-12, 2017.

\_\_\_\_\_. “Paradigma procedimentalista do direito e justiça social: os exemplos do gênero e da sexualidade. *Direito Público*, v.12, p. 31-55, 2016.

\_\_\_\_\_. “A política criminal brasileira voltada à criminalidade organizada: análise das leis penais aprovadas no Brasil entre 1940 e 2014”. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. *O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

\_\_\_\_\_. *A tutela penal diante da homofobia e o PLC 122/2006: sobre a legitimidade da demanda político-criminal do movimento LGBT*. 180 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

\_\_\_\_\_; CHIES-SANTOS, Mariana Santiago. “‘De volta para o passado’: políticas criminais e de segurança pública no Brasil da ditadura militar à república atual”. In: *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 530-558.

MIRANDA, Cynthia Mara. *Mobilização das mulheres em enunciados de jornais brasileiros (1979-1988)*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectiva, 2017 (Primeira publicação é de 1978, Rio de Janeiro: Paz e Terra).

NASCIMENTO, Elisa Larkin. Posfácio. In: NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectiva, 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas*. 337 f. Tese (doutorado em direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

OLIVEIRA, Gláucia da Silva Destro de. “Construção, negociação e desconstrução de identidades: do movimento homossexual ao LGBT”. *Cadernos Pagu*. Campinas, n. 34, p. 373-381, jan./jun. 2010.

OSCE (2009) [Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR)]. Preventing and responding to hate crimes. Disponível em: <http://hatecrime.osce.org>. Acesso em 4 de abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos humanos, civis e políticos das mulheres no Brasil: marco jurídico constitucional e internacional”. In: BARSTED, Leila; PITANGUY, Jacqueline (Org.). *O progresso das mulheres no Brasil*. 2011.

\_\_\_\_\_; PIMENTEL, Silvia. “A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil”. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-118.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016.

\_\_\_\_\_; SANTOS, Ellen Mendonça Silva. “Agenda política do movimento de mulheres negras na constituinte de 1987/88: atuação interseccional na construção de demandas”. In: FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (Org.). *Encrespando: Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024)*. Brasília: Brado Negro, 2016, p. 147-174.

PIRES, Álvaro Penna. “Alguns obstáculos a uma mutação ‘humanista’ do direito penal”. *Sociologias*. Porto Alegre: PPGS/UFRGS, ano 1, n. 1, p. 64-95, jan./jun. 1999.

PITANGUY, Jacqueline. “Advocay: um processo histórico”. In: BARSTED, Leila; PITANGUY, Jacqueline (Org.). *O progresso das mulheres no Brasil*. 2011, p. 21-56.

RESTREPO, Luis Alberto. “A relação entre a sociedade civil e o Estado: elementos para uma fundamentação teórica do papel dos movimentos sociais na América Latina”. *Tempo Social: Revista Sociologia USP*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 61-100, 2º sem. 1990.

RIOS, Roger Raupp. “Discriminação por orientação sexual e acesso à justiça: a homossexualidade e a concretização dos princípios processuais”. *Cadernos Themis Gênero e Direito*. Porto Alegre, n. 2, p. 46-65, 2001.

\_\_\_\_\_. “O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade”. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre: HS Editora/PUCRS: Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Ano 6, n. 18, p. 169-177, jan./mar. 2012.

\_\_\_\_\_. “Homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação”. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). *Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação/UNESCO, 2009, p. 53-83.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. “O amor em tempos de cólera: direitos LGBT na Colômbia”. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 79-97, dez./2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O Direito Liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica*. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, SP, 2006.

\_\_\_\_\_. ““Utopias” institucionais antidiscriminação. As ambiguidades do direito e da política no debate feminista brasileiro”. *Cadernos Pagu*, n. 45, p. 233-263, jul.-dez/2015.

RUIBAL, Alba M. “Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina”. *Política y Gobierno*, v. 22, n. 1, p. 175-198, , enero-junio, 2015.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. “La igualdad como diferenciación”. In: RIOS, Roger Raupp. *Caderno de Direito Constitucional*. EMAGIS: Porto Alegre, 2006, p. 5-11.

SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. *A (in)diferença no direito*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.

SARMENTO, Rayza. “Lei Maria da Penha na mídia: O debate mediado antes e depois da sanção da lei brasileira de combate à violência doméstica contra a mulher (2001-2012)”. In: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2013/05/GT-01-Comunicação-e-Democracia-Rayza-Sarmento.pdf>>, acesso em 03 de julho de 2014.

SCHEINGOLD, Stuart A. *The politics of rights: lawyers, public policy, and political change*. Michigan: The University of Michigan Press. 2. ed. 2004 [1974].

SCHWARCZ, Lilia Moritz. “Racismo ‘à brasileira’”. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José Eduardo (Orgs). *Diferenças, igualdade*. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009, p. 70-115.

\_\_\_\_\_; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.



SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: 2001.

SILVA, Joselina da. “Movimento social negro após o Estado Novo: Grupos, conferências e jornais”. In: ANPUH – XXIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – Londrina, 2005.

SILVA, Tatiana Dias. *O Estatuto da Igualdade Racial*. Rio de Janeiro: IPEA, fev. 2012. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1712.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1712.pdf). Acesso em 11 de setembro de 2017.

SILVA, Marilda de Paula; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. “O voto parlamentar brasileiro nas Constituições de 1967-1988”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 185, p. 71-89, jan./mar. 2010.

SLONIMSQUI, Pablo. *Estudios sobre discriminación y xenofobia*. N. 2. Buenos Aires: Fabián J. Di. Plácido Editor, 2005.

SORIAL, Sarah. “Habermas, Feminism, and Law: Beyond Equality and Difference?”. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*. v. 24, n. 1, p. 24-48, mar./2011.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios*. São Paulo: Alameda, 2017.

TOURAINÉ, Alain. “Os novos conflitos sociais. Para evitar mal-entendidos”. *Lua Nova*, n.17, p. 5-18, jun./1989.

YOUNG, Iris Marion. “A imparcialidade e o público cívico: algumas implicações das críticas feministas na teoria moral e política”. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (coord.). *Feminismo como crítica da modernidade: releitura dos pensadores contemporâneos do ponto de vista da mulher*. Tradução de Nathanael da Costa Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987, p. 66-86.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Rio de Janeiro: Flacso, 2015.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

ZEMANS, Francis. “Legal mobilization: the neglected role of the law in the political system”. *American Political Science Review*, n 77, p. 690-703, 1983.

WELZER-LANG, Daniel. “A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia”. *Estudos Feministas*. Ano 9, p. 460-482, 2. sem. 2001.



## APÊNDICE A – CONSTITUIÇÕES

|                               | Constituição 1891   | Constituição 1946   | AI 2/1965 – Altera Constituição de 1946 | Constituição de 1967  | Constituição de 1988  |
|-------------------------------|---|---|---|---|---|
| <b>Propositura</b>            |   | Legislativo. Assembleia Constituinte.   | Executivo Castelo Branco.               | Executivo. Castelo Branco AI 4/1966   | Executivo > Legislativo Assembleia Constituinte.  |
| <b>Momento político</b>       | República (Velha)   | República (Populista).  | Ditadura Militar                        | Ditadura Militar  | (Nova) República.   |
|                               |   |   |   |   | TÍTULO I<br>DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS<br>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:<br>IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.   |
|                               |   |   |   |   | Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:<br>VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;   |
| <b>Declaração de direitos</b> | Art. 72, § 2º. Todos são iguais perante a lei.<br>A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. | Art. 141, § 1º. Todos são iguais perante a lei.   | =                                       | 150. todos são iguais perante a lei sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. o preconceito de raça será punido pela lei. | Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:<br>I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;<br>XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;<br>XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; |
|                               | § 28. Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos.   | § 8º. Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer | =                                       |   | ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;  |

|  |  |   |   |   |  |
|--|--|---|---|---|--|
|  |  | em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.   |   |   |  |
|  |  | § 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. | § 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. | É livre a manifestação de pensamento, de <i>convicção política ou filosófica</i> e a <i>prestação de informação</i> sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. | IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.   |
|  |  | Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores<br>...<br>II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;  | =   | Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:<br>[...]<br>III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;  | Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:<br>XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;<br>XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; |

Fonte: elaborado pela autora.

## APÊNDICE B – LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL

| <b>Lei 38/35</b>  | <b>Dec-Lei 431/38</b>   | <b>Lei 1.802/53</b>   | <b>Del 314/67</b>   | <b>Del 898/69</b>   | <b>Lei 6.620/78</b>   | <b>Lei 7.170/83</b>   |
|---|---|---|---|---|---|---|
| República (velha)   | Ditadura do Estado Novo   | República (populista)   | Ditadura Militar  | Ditadura Militar  | Ditadura Militar  | Ditadura Militar  |
| Define crimes contra a ordem política e social.                   | Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social.  | Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências.                                   | Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências.   | Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.   | Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências.   | Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.   |
| São crimes contra a ordem social além de outros definidos em lei: | Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a personalidade internacional do Estado; a ordem política, assim entendidos os praticados contra a estrutura e a segurança do Estado, e a ordem social, como tal considerada a estabelecida pela Constituição e pelas leis relativamente aos direitos e garantias individuais e sua proteção civil e penal, ao regime jurídico da propriedade, da família e do trabalho, à organização e ao funcionamento dos serviços públicos e de utilidade geral, aos direitos e deveres das pessoas de direito público para com os indivíduos, e reciprocamente. | Art. 1º São crimes contra o Estado e a sua ordem política e social os definidos e punidos nos artigos desta lei, a saber: | Art. 2º A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.<br>Art. 3º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.<br>§ 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país. | Art. 2º A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.<br>Art. 3º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.<br>§ 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país. | Art. 2º - Segurança Nacional é o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente.<br>Art. 3º - A Segurança Nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.<br>§ 1º - A segurança interna, integrada na segurança nacional, corresponde às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.<br>§ 2º - A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos | Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:<br>I - a integridade territorial e a soberania nacional;<br>II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;<br>III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União. |

|   |   |   |  |  |   |   |
|---|---|---|--|--|---|---|
|   |   |   |  |  | estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.   |   |
|   | X   | Art. 11. Fazer publicamente propaganda: [...] <i>b) de ódio de raça, de religião ou de classe;</i> [...] Pena: reclusão de 1 a 3 anos. § 1º A pena será agravada de um terço quando a propaganda for feita em quartel, repartição, fábrica ou oficina. § 3º Pune-se igualmente, nos termos deste artigo, a distribuição ostensiva ou clandestina, mas sempre inequivocamente dolosa, de boletins ou panfletos, por meio dos quais se faça a propaganda condenada nas letras a, b e c do princípio deste artigo. | Art. 11. Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição Pena - reclusão, de 1 a 5 anos.                                      | Art. 13. Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição: Pena: Reclusão, de 4 a 8 anos.  | Art. 11 - Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição. Pena: reclusão, de 1 a 8 anos.                            | Art. 22 - Fazer, em público, propaganda: [...] <i>II - de discriminação racial,</i> de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; Pena: detenção, de 1 a 4 anos. § 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão. § 2º - Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda. § 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas. |
| Art. 14. Incitar directamente o ódio entre as classes sociais. Pena: de 6 meses a 2 anos de prisão celular. | 10) incitar directamente o ódio entre as classes sociais, ou instigá-las à luta pela violência; Pena: 4 a 8 anos de prisão; | Art. 12. Incitar directamente e de ânimo deliberado as classes sociais à luta pela violência. Pena: reclusão de 6 meses a 2 anos.   | Art. 33. Incitar publicamente: [...] IV - à luta pela violência entre as classes sociais; [...] VI - ao ódio ou a discriminação racial: Pena - detenção, de 1 a 3 anos. Parágrafo único. Se o crime for praticado por meio de imprensa, panfletos, ou escritos e de qualquer | Art. 39. Incitar: IV - A luta pela violência entre as classes sociais; [...] VI - Ao ódio ou à discriminação racial: Pena: reclusão, de 10 a 20 anos. § 1º Se os crimes previstos nos itens I a IV forem praticados por meio de imprensa, rádio difusão ou televisão: Pena: reclusão, de 15 a 30 anos. § 2º Ressalvados os | Art. 36 - Incitar: IV - à luta pela violência entre as classes sociais; [...] VI - ao ódio ou à discriminação racial. Pena: reclusão, de 2 a 12 anos. Parágrafo único - Se, do incitamento, decorrer lesão corporal grave ou morte. Pena: reclusão, de 8 a 30 anos. | Art. 23 - Incitar: [...] III - à luta com violência entre as classes sociais; Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.  |
| Art. 15. Instigar as classes sociais à luta pela violência. Pena - De 6 meses a 2 anos de prisão celular.   |   |   |  |  |   |   |

|  |  |   |  |   |   |  |
|--|--|---|--|---|---|--|
|  |  |   | natureza, radiodifusão ou televisão, a pena, será aumentada de metade. | crimes de que tratam os itens V e VI, se, do incitamento, decorrer morte: Pena: morte. § 3º Se a responsabilidade pela incitação couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena, privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente à época do delito. |   |  |
| Art. 16. Incitar luta religiosa pela violência. Pena – De 6 meses a 2 anos de prisão celular.  | X  | X   | X  | X   | X   | X  |
| Art. 17. Incitar ou preparar atentado contra pessoa ou bens, por motivos doutrinários, políticos ou religiosos. Pena – De 1 a 3 anos de prisão celular. Paragrapho unico. Se o atentado se verificar, a pena será a do crime incitado, ou preparado. | X  | Art. 15. Incitar públicamente ou preparar atentado contra pessoa ou bens, por motivos políticos, sociais ou religiosos. Pena: reclusão de 1 a 3 anos ou a pena cominada ao crime incitado ou preparado, se este se consumar.                  | X  | X   | Art. 44 - Incitar à prática de qualquer dos crimes previstos neste Capítulo, ou fazer-lhes a apologia ou a de seus autores, se o fato não constituir crime mais grave. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. Parágrafo único - A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia for feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão. | Art. 23. Incitar [...] IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. |
| Art. 40. São inafiançáveis os crimes punidos nesta lei, cujo maximo de pena fôr prisão celular ou reclusão superior a um anno.   | Art. 22. São inafiançáveis os crimes punidos nesta lei e neles não haverá suspensão da execução da pena, nem livramento condicional. | Parágrafo único. Em qualquer caso porém, não caberá fiança, nem haverá suspensão condicional da pena, salvo na hipótese do art 36 e quando o condenado fôr menor de 21 anos ou maior de 10 e a condenação não fôr por tempo superior a 2 anos | Art. 66. São inafiançáveis os crimes previstos neste Decreto-lei.      | Art. 78. São inafiançáveis os crime, previstos neste decreto-lei.   | X   | X  |
| Art. 44. Todos os  | Art. 23. Todos os crimes   | Parágrafo único. O processo e   | Art. 44. Ficam sujeitos ao fóro  | Art. 56. Ficam sujeitos ao fóro   | Art. 52 - O processo e  | Art. 30 - Compete à Justiça Militar  |

|   |   |  |  |  |  |  |
|---|---|--|--|--|--|--|
| <p>crimes definidos nesta lei serão processados pela Justiça Federal, e sujeitos a julgamento singular.</p> | <p>definidos nesta lei serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional, na forma prescrita no decreto-lei n. 428, de 16 de maio de 1938.</p> | <p>julgamento dos demais crimes definidos nesta lei competem à Justiça ordinária, com recurso para o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 101, II, c) e serão regulados pelo disposto no Código de Processo Penal.</p> | <p>militar, tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, §§ 1º e 2º, da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste decreto-lei, assim como os perpetrados contra as instituições militares.</p> | <p>militar tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, parágrafos 1º e 2º da Constituição, com a redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste Decreto-lei, assim como os perpetrados contra as Instituições Militares.</p> | <p>julgamento dos crimes contra a Segurança Nacional são da competência exclusiva da Justiça Militar e reger-se-ão pelas disposições do Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com as disposições especiais desta Lei.</p> | <p>processar e julgar os crimes previstos nesta Lei, com observância das normas estabelecidas no Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com disposição desta Lei, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal nos casos previstos na Constituição.</p> |
|---|---|--|--|--|--|--|

FONTE: Elaborado pela Autora.



## ANEXO I – CONSTITUINTE: ETAPA FINAL

Quadro 21 - Evolução "preâmbulo"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do<br>1º Turno)   | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do<br>2º Turno)   | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do<br>2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de<br>Redação Final | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da<br>União |
|---|--|---|--|---|
| <b>Preâmbulo</b>  | <b>Preâmbulo</b>   | <b>Preâmbulo</b>  | <b>Preâmbulo</b>                                       | <b>Preâmbulo</b>  |
| Os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Nacional Constituinte, afirmam o seu propósito de construir uma grande Nação baseada na liberdade, na fraternidade, na igualdade, <i>sem distinção de raça, cor, sexo, procedência, religião ou qualquer outra</i> , certos de que a grandeza da Pátria está na saúde e felicidade do povo, na sua cultura, na observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, na proteção especial à criança e ao adolescente, na equitativa distribuição dos bens materiais e culturais. Afirmam, também, que tais objetivos só podem ser alcançados com o modo democrático de convivência e de organização estatal, com repulsa a toda forma autoritária de governo, mediante a participação do povo no processo político, econômico e social. A soberania reside no povo, que é a | Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e <i>sem preconceitos</i> , fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e internacional, promulgamos, sob a proteção de Deus, esta CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. | =   | =  | =   |

|   |  |  |  |  |
|---|--|--|--|--|
| fonte de todo o poder; os poderes inerentes à soberania são exercidos por representantes eleitos, ou diretamente pelo povo. |  |  |  |  |
|---|--|--|--|--|

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 65.

Quadro 22 - Evolução "art. 3º"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)   | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)  | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|--|--|--|---|--|
| <b>Art. 3º</b>   | <b>Art. 3º</b>   | <b>Art. 3º</b>   | <b>Art. 3º</b>                                      | <b>Art. 3º</b>   |
| São objetivos fundamentais do Estado:  | Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:   | =  | =   | =  |
| <b>IV</b>  | <b>IV</b>  | <b>IV</b>  | <b>IV</b>   | <b>IV</b>  |
| promover a superação dos preconceitos de raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação. | promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação | =  | =   | =  |

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 66-7.

Quadro 23 - Evolução "art. 4º"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)   | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)  | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final   | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|--|--|--|---|--|
| <b>Art. 4º</b>   | <b>Art. 4º</b>   | <b>Art. 4º</b>   | <b>Art. 4º</b>  | <b>Art. 4º</b>   |
| O Brasil fundamenta suas relações internacionais nos princípios da independência nacional, da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, bem como no repúdio ao terrorismo e ao racismo, e | República Federativa do Brasil fundamenta suas relações internacionais nos seguintes princípios: | =  | A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: | =  |

|   |                                     |           |           |           |
|---|-------------------------------------|-----------|-----------|-----------|
| propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos para a emancipação e o progresso da humanidade. |                                     |           |           |           |
|   | <b>VIII</b>                         | <b>IV</b> | <b>IV</b> | <b>IV</b> |
|   | Repúdio ao terrorismo e ao racismo. | =         | =         | =         |

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 67.

Quadro 24 - Evolução "art. 5º"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)  | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)  | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno)   | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|---|--|--|---|--|
| <b>Art. 6º</b>  | <b>Art. 5º</b>   | <b>Art. 5º</b>   | <b>Art. 5º</b>                                      | <b>Art. 5º</b>   |
| Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.   | Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: | Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: | =   | =  |
|   | I  | I  | I   | I  |
|   | homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, cabendo ao Estado garantir a eficácia desta disposição.  | homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.  | =   | =  |
| <b>Art. 6º, § 2º</b>  | <b>XLI</b>   | <b>XLI</b>   | <b>XLI</b>  | <b>XLI</b>   |
| A lei punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. | a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.  | =  | =   | =  |
|   | <b>XLII</b>  | <b>XLII</b>  | <b>XLII</b>   | <b>XLII</b>  |
|   | a prática do racismo constitui crime inafiançável  | =  | =   | =  |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  | e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 68-78.

Quadro 25 - Evolução "art. 7º"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)   | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)   | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|--|---|--|---|--|
| <b>Art. 7º</b>   | <b>Art. 7º</b>  | <b>Art. 7º</b>   | <b>Art. 7º</b>                                      | <b>Art. 7º</b>   |
| São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: | =   | =  | =   | =  |
| <b>XXVII</b>   | <b>XXX</b>  | <b>XXX</b>   | <b>XXX</b>  | <b>XXX</b>   |
| proibição de diferença de salários e de critério de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil.        | proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. | =  | =   | =  |
|  | <b>XXXI</b>   | <b>XXXI</b>  | <b>XXXI</b>   | <b>XXXI</b>  |
|  | proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.              | =  | =   | =  |

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 87-92.

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)  | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)  | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|---|--|--|---|--|
| <b>Art. 250</b>   | <b>Art. 218</b>  | <b>Art. 215</b>  | <b>Art. 215</b>                                     | <b>Art. 215</b>  |
| O Estado garantirá a cada um o pleno exercício dos direitos culturais e a participação igualitária no processo cultural e dará proteção, apoio e incentivo às ações de valorização, desenvolvimento e difusão da cultura: | O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais: | =  | =   | =  |

| § único  | § 1º  | § 1º | § 1º   | § 1º |
|--|---|------|--|------|
| O Estado protegerá, em sua integridade e desenvolvimento, as manifestações da cultura popular, das culturas indígenas, das de origem africana e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro. | O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro. | =    | O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. | =    |

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 342.

#### Quadro 26 - Evolução "art. 216, § 5º"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)   | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)   | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final   | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|--|---|--|---|--|
| <b>ADCT, Art. 24</b>   | <b>Art. 219, § 5º</b>   | <b>Art. 215, § 5º</b>                                  | <b>Art. 216, § 5º</b>   | <b>Art. 216, § 5º</b>                                    |
| O Poder Público reformulará, em todos os níveis, o ensino da história do Brasil, com o objetivo de contemplar com igualdade a contribuição das diferentes etnias para a formação multicultural e pluriétnica do povo brasileiro. | Ficam tombados os sítios detentores de reminiscências históricas, bem como todos os documentos dos antigos quilombos. | =  | Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. | =  |

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 344.

#### Quadro 27 - Evolução "art. 241, § 1º"

| Projeto A<br>(24/11/87)<br>Plenário (início do 1º Turno)  | Projeto B (5/7/87)<br>Plenário (início do 2º Turno)  | Projeto C<br>(15/9/88)<br>Plenário (final do 2º Turno) | Projeto D<br>(21/9/88)<br>Comissão de Redação Final | Texto Promulgado<br>(5/10/88)<br>Diário Oficial da União |
|---|--|--|---|--|
| <b>ADCT, Art. 25</b>  | <b>Art. 242, § único</b>   | <b>Art. 241, § 1º</b>                                  | <b>Art. 241, § 1º</b>                               | <b>Art. 241, § 1º</b>                                    |
| Às comunidades negras remanescentes dos quilombos é reconhecida a propriedade definitiva das terras que ocupam, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras, bem como todos os documentos referentes à | O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro. | =  | =   | =  |

|                                  |           |  |  |  |  |
|----------------------------------|-----------|--|--|--|--|
| história<br>quilombos<br>Brasil. | dos<br>no |  |  |  |  |
|----------------------------------|-----------|--|--|--|--|

Fonte: LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. 370.

## ANEXO II - ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

| Principais propostas descartadas ao longo da tramitação  | Principais propostas mantidas no Estatuto da Igualdade Racial  |
|--|--|
| <b>Financiamento e gestão da política</b>  |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Indenização pecuniária para descendentes afro-brasileiros.</li> <li>- Criação do Fundo de Promoção da Igualdade Racial.</li> <li>- Previsão de recursos orçamentários nos diversos setores governamentais.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Implementação do PPA e do orçamento da União com observância a políticas de ação afirmativa.</li> <li>- Discriminação orçamentária dos programas de ação afirmativa nos órgãos do Executivo federal durante cinco anos.</li> <li>- Instituição do Sistema Nacional de Igualdade Racial.</li> <li>- Monitoramento e avaliação da eficácia social das medidas previstas no Estatuto.</li> </ul>                                 |
| <b>Sistema de cotas</b>  |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estabelecimento de cota mínima (20%) para preenchimento de:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- cargos e empregos públicos em nível federal, estadual e municipal;</li> <li>- vagas em cursos de nível superior;</li> <li>- vagas relativas ao financiamento estudantil (Fies);</li> <li>- vagas nas empresas com mais de 20 empregados.</li> </ul> </li> <li>- Reserva mínima de 30% das vagas a cargos eletivos para candidaturas afrodescendentes.</li> <li>- Instituição de plano de inclusão funcional de trabalhadores afrodescendentes como critério de desempate em licitações.</li> <li>- Possibilidade de conceder incentivos fiscais a empresa com mais de 20 empregados e com participação mínima de 20% de negros.</li> <li>- Fixação de meta inicial de 20% de vagas reservadas para negros em cargos em comissão do serviço público federal.</li> <li>- Incentivo para que as instituições de ensino superior incluam alunos negros nos seus programas de mestrado, doutorado e pós-doutorado.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa.</li> <li>- "Implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do serviço público e o incentivo à adoção de medidas similares" em instituições privadas.</li> <li>- Possibilidade de definição de critérios para ampliação da participação de negros nos cargos em comissão e funções de confiança do serviço público federal.</li> </ul> |
| <b>Saúde</b>   |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Definição do racismo como determinante social da saúde.</li> <li>- Pactuação da política nas três esferas de gestão do SUS.</li> <li>- Prioridade na PNSIPN com base nas desigualdades raciais.</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Definição de diretrizes e objetivos da PNSIPN.</li> <li>- Inclusão do conteúdo da saúde da população negra na formação dos trabalhadores da área.</li> </ul>  |
| <b>Dados desagregados</b>  |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Inclusão do quesito raça/cor no censo escolar do MEC, para todos os níveis de ensino.</li> <li>- Inclusão do quesito raça/cor em todos os registros administrativos direcionados aos trabalhadores e empregadores.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Melhoria da qualidade no tratamento de dados desagregados por cor, etnia e gênero dos sistemas de informação do SUS.</li> </ul>   |
| <b>Meios de comunicação</b>  |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estabelecimento de mínimo de 25% de imagens de pessoas afrodescendentes na programação veiculada por emissoras de TV.</li> <li>- Estabelecimento de mínimo de 40% de participação de negros nas peças publicitárias veiculadas na TV e cinema.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Inclusão de cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de caráter publicitário na Administração Pública Federal.</li> </ul>   |
| <b>Justiça e direitos humanos</b>  |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Criação de Programa Especial de Acesso à Justiça para a população afro-brasileira (temática racial na formação das carreiras jurídicas da magistratura, defensoria pública e ministério público e criação de varas especializadas).</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Instituição de ouvidorias permanentes em defesa da igualdade racial no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.</li> </ul>   |
| <b>Quilombolas</b>   |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Detalhamento do processo de regularização fundiária.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Possibilidade de instituição de incentivos específicos para garantia do direito à saúde de moradores das comunidades de remanescentes de quilombos.</li> </ul>  |

Fonte: DIAS, 2012, p. 18.

